

MARCELO DOMANSKI

**POSSE: DA SEGURANÇA JURÍDICA À QUESTÃO SOCIAL
(NA PERSPECTIVA DOS LIMITES E POSSIBILIDADES DE TUTELA DO
PROMITENTE COMPRADOR ATRAVÉS DOS EMBARGOS DE TERCEIRO)**

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre. Curso de Pós-
Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin.

CURITIBA
1996

MARCELO DOMANSKI

**POSSE: DA SEGURANÇA JURÍDICA À QUESTÃO SOCIAL
(NA PERSPECTIVA DOS LIMITES E POSSIBILIDADES DE TUTELA DO
PROMITENTE COMPRADOR ATRAVÉS DOS EMBARGOS DE TERCEIRO)**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre,
na área de Direito das Relações Sociais do Curso de Pós-Graduação em Direito
da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador: _____
Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Setor de Ciências Jurídicas

Prof.

Prof.

Curitiba,

Dedico este trabalho aos meus pais Thadeu Luciano Domanski (*in memoriam*) e Verônica Sovierzoski Domanski, a quem muito devo, como pessoa, em termos de formação e preparação para os embates da vida.

Ao Professor e Desembargador Francisco José Ferreira Muniz (*in memoriam*), a homenagem pela posição de vanguarda adotada em relação à tutela da posse do promitente comprador.

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação jamais se teria concretizado sem a colaboração do Professor Dr. Luiz Edson Fachin. Agradeço-lhe o apoio, a orientação e a consideração com que me distinguiu. Suas observações críticas, a troca de idéias e suas valiosas sugestões foram fundamentais para o aprimoramento do trabalho. Sou-lhe grato, também, pelos ensinamentos ministrados nas aulas do Curso de Mestrado, assim como pelo incentivo à pesquisa.

Registro a valiosa contribuição e observações da Dra. Maria Cláudia Crespo Brauner, proporcionadas através de alguns diálogos mantidos durante o período em que estive na Faculdade de Direito da UFPR na qualidade de pesquisadora do CNPq.

Ao Dr. Fábio Muniz, agradeço o empréstimo de algumas obras da biblioteca particular do Professor e Desembargador Francisco José Ferreira Muniz, tão prematuramente levado do nosso convívio para a eternidade, circunstância que não nos permitiu conversar a respeito de aspectos relativos à tutela da posse, abordados na presente dissertação.

Deixo registrado o meu agradecimento à Bibliotecária Ligia Eliana Seternareski, a qual, através das consultas realizadas na base de dados BIBLIODATA/CALCO e do Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadas (CCN), facilitou a localização e permitiu o empréstimo de livros, bem como de periódicos não disponíveis na Biblioteca de Ciências Jurídicas da UFPR. Agradeço igualmente às funcionárias da Biblioteca, Loiri Antonia Spader, Ednéia Linhares dos Santos e Marilda de Fátima Antoniacomi, a atenção e o auxílio dispensados na localização das mais diversas obras e periódicos consultados.

Não poderia deixar de registrar meu agradecimento à Sra. Helena Isabel Ferra, da Biblioteca da Ordem dos Advogados de Portugal, que muito gentilmente me enviou cópias dos artigos doutrinários solicitados, publicados na Revista da Ordem dos Advogados.

À Dra. Hildegard Taggesell Giostri e ao Dr. Aluísio Pires de Oliveira, colegas do curso de mestrado, o meu reconhecimento pelo companheirismo, pela troca de idéias e pela amizade.

A todos aqueles que, embora não mencionados expressamente, de alguma maneira contribuíram para que este trabalho pudesse ser realizado, a minha gratidão.

SUMÁRIO

RESUMO	x
SUMMARY	xi
ÜBERBLICK	xii
INTRODUÇÃO	1
1 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	5
1.1 CONTROVÉRSIA: SEGURANÇA JURÍDICA E A QUESTÃO SOCIAL DAS DECISÕES JUDICIAIS	7
1.1.1 Caráter limitativo das possibilidades na Súmula 621 do STF	13
1.1.2 Superação da Súmula 621 no STJ	16
1.1.3 Ausência de unanimidade nas decisões do STF e do STJ	18
2 TRANSMISSÃO DA POSSE E SEU PAPEL NA TUTELA DO PROMITENTE COMPRADOR	21
2.1 TRANSFERÊNCIA DA POSSE PELA CLÁUSULA <i>CONSTITUTI</i>	22
2.1.1 Posse efetiva do imóvel compromissado	24
2.2 TEORIAS SUBJETIVA E OBJETIVA NO DESLINDE DA TUTELA DO PROMITENTE COMPRADOR	27
2.2.1 A presença do animus da teoria de Savigny	27
2.2.2 Teoria de Ihering e o desdobramento da relação possessória	30
2.2.3 Importância do elemento subjetivo na base da tutela possessória	36
2.2.4 Aparência da propriedade na posse efetiva	37
2.3 CARACTERÍSTICAS DA POSSE DO PROMITENTE COMPRADOR COMO FATO E DIREITO	39
2.3.1 Posse justa, titulada e de boa-fé	42
2.3.2 Qualificação da posse a partir da natureza jurídica do título	44
2.3.2.1 Bipartição da relação possessória	53
2.3.2.2 Posse própria	56
2.4 POLÊMICA SOBRE A QUALIFICAÇÃO DA POSSE A PARTIR DO <i>ANIMUS</i> E SUA CAUSA ..	58
2.4.1 Tese do Ministro José Carlos Moreira Alves	59

2.4.2 Antítese do Desembargador José Osório de Azevedo Junior	61
2.4.3 Síntese: posse própria a partir da quitação	62
2.5 POSSE <i>ANIMUS DOMINI</i> E SUA DEFINITIVIDADE EM FACE DO PROMITENTE VENDEDOR COMO REQUISITO DA POSSIBILIDADE DE TUTELA	71
2.5.1 Posse <i>ad usucapionem</i> e justo título	73
2.5.2 Caráter não registral da publicidade possessória	79
3 REGISTRO IMOBILIÁRIO DO CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA E TUTELA DO PROMITENTE COMPRADOR	81
3.1 FINALIDADE DA RACIONALIZAÇÃO DA PUBLICIDADE	83
3.1.1 Publicidade registral e dinâmica social	85
3.1.1.1 Caráter da relação jurídica obrigacional levada a registro	87
3.2 REGISTRO IMOBILIÁRIO E SISTEMA DE TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	88
3.2.1 Presunção relativa do registro em face do negócio jurídico causal	90
3.2.2 Publicidade formal <i>versus</i> publicidade espontânea	93
3.3 NATUREZA JURÍDICA DO REGISTRO DO CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA E SEUS EFEITOS	95
3.3.1 Vinculação do terceiro adquirente em termos de obrigação <i>propter rem</i>	97
3.3.2 Vinculação do terceiro adquirente em termos de direito real de aquisição	99
3.3.3 Vinculação do terceiro adquirente em termos de obrigação com eficácia real	103
3.3.3.1 A <i>Vormerkung</i> do Sistema Germânico e a obrigação com eficácia real	108
3.4 ÔNUS DO REGISTRO E EXECUÇÃO ESPECÍFICA DO CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA	111
3.4.1 Vantagens do registro	114
3.4.1.1 Natureza da ação de adjudicação compulsória	115
3.4.1.2 Registro do contrato e exercício da adjudicação compulsória	119
4 APREENSÃO JUDICIAL DA POSSE E DEMAIS DIREITOS PELA PENHORA: FINALIDADES E CONSEQUÊNCIAS PARA O PROMI- TENTE COMPRADOR	125
4.1 CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTES PARA A TUTELA DIANTE DA PENHORA	125
4.1.1 Ineficácia da alienação de bens judicialmente apreendidos	129
4.2 CONTROVÉRSIA SOBRE O REGISTRO COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DA APREENSÃO JUDICIAL E SUA EFICÁCIA DIANTE DO PROMITENTE COMPRADOR	134
4.2.1 Teoria da aparência e tutela da boa-fé	137

4.2.2 Princípio da prioridade registral	142
4.3 TURBAÇÃO OU ESBULHO DA POSSE DO PROMITENTE COMPRADOR PELA PENHORA	144
4.3.1 Negativa de ofensa à posse	144
4.3.2 Alteração da qualificação da relação possessória	146
4.3.2.1 Penhora como fator de turbacão ou esbulho à posse	148
5 FRAUDE COMO LIMITAÇÃO À TUTELA DO PROMITENTE COM- PRADOR	155
5.1 ALGUMAS HIPÓTESES	159
5.1.1 Fator determinante nos casos de alienação de imóveis	160
5.1.2 Tutela da boa-fé e fraude	166
5.2 EFEITO DA FRAUDE CONTRA CREDITORES	171
5.2.1 Elementos característicos	176
5.2.1.1 <i>Consilium fraudis</i>	177
5.2.1.2 Conseqüências da procedência do pedido da ação pauliana	180
5.3 EFEITO DA FRAUDE DE EXECUÇÃO	183
5.3.1 Desconsideração do elemento subjetivo e a tutela da boa-fé	185
5.4 FRAUDE NA LEI DE FALÊNCIAS E A PREPONDERÂNCIA DO REGISTRO IMOBILIÁRIO	189
5.4.1 Harmonização entre a Lei de Falências e a Lei de Registros Públicos	190
5.4.2 Restritas possibilidades de tutela face ao rigor da Lei de Falências	195
5.4.3 Dispensabilidade da propositura da ação revocatória	196
5.4.3.1 Ação pauliana e revocatória falencial	198
6 EMBARGOS DE TERCEIRO COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL DE TUTELA DO PROMITENTE COMPRADOR.....	200
6.1 EFEITOS DA SENTENÇA SOBRE TERCEIROS	201
6.1.1 Apreensão judicial de bens de terceiros	202
6.2 OBJETO DA LIDE NOS EMBARGOS	205
6.2.1 Coisa julgada	206
6.2.2 Natureza jurídica da ação	207
6.2.3 Ambivalência no direito brasileiro	208
6.2.3.1 Fundamentos da ação	210
6.2.3.2 Contribuição lusitana para o direito brasileiro.....	212

6.3 EXTENSÃO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO NA LEI PROCESSUAL CIVIL E NA LEI DE FALÊNCIAS	215
6.3.1 Interpretação dos tribunais	217
6.3.2 Posse como fundamento do pedido	219
6.3.2.1 Qualificação ou título da posse	227
6.3.3 Possibilidade de tutela de direitos eminentemente obrigacionais	233
6.4 ALEGAÇÃO DA <i>EXCEPTIO DOMINI</i> PELO EMBARGADO EXEQUENTE	240
6.4.1 Exceção de domínio no direito português	240
6.4.2 Exceção de domínio no direito brasileiro	241
6.4.3 Questão dominial nos embargos de terceiro possuidor	242
6.4.4 Questão dominial nos embargos de terceiro senhor e possuidor	246
6.5 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA AÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO	246
6.5.1 Legitimidade passiva	247
6.5.2 Juízo competente	249
6.5.2.1 Competência no caso de carta precatória	249
6.5.3 Prazo para propositura	250
6.5.4 Caráter mandamental	251
6.5.5 Oposição e embargos à execução	252
6.5.6 Valor da causa	253
6.5.7 Processamento	254
6.5.7.1 Deferimento liminar: consequências para a execução	255
6.6 EXAME DA FRAUDE CONTRA CREDITORES E DE EXECUÇÃO NOS EMBARGOS DE TERCEIRO	257
6.6.1 Fraude de execução	262
6.6.2 Fraude contra credores: apreciação conforme a Lei de Falências	263
CONCLUSÃO	264
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	277

RESUMO

O presente estudo destina-se à análise dos limites e possibilidades de tutela do promitente comprador através dos embargos de terceiro, em face da pretensão dos credores do promitente vendedor, de obter a satisfação do débito com base na alienação judicial do imóvel compromissado. A matéria foi objeto de ampla divergência doutrinária e jurisprudencial, sendo pesquisados os aspectos relevantes para a aprovação da Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal, bem como da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça. A partir dos fatores que nortearam a edição dessas duas súmulas e com base na relação jurídica obrigacional que dá causa à posse do promitente comprador, avaliam-se os seus elementos característicos e qualificadores. Paralelamente à posse, a obrigatoriedade do registro imobiliário do contrato de compromisso de compra e venda é considerada, especialmente com vistas a proporcionar eficácia à relação jurídica obrigacional diante de terceiros. Como através do compromisso de compra e venda se tem em mente a futura celebração da escritura pública de compra e venda, analisa-se o sistema de transmissão da propriedade imóvel no Código Civil brasileiro. Da qualificação da posse, das finalidades do registro do contrato de compromisso e do sistema de transmissão da propriedade imobiliária, apresentam-se as razões pelas quais a posse própria do promitente comprador, objeto de constrição ou apreensão judicial, é digna de tutela, independente do registro do contrato na matrícula, perante o cartório imobiliário. A fraude, seja de execução, seja contra credores, é apresentada como o real e efetivo fator de limitação à proteção do promitente comprador. A sua boa-fé, entretanto, é avaliada com vistas à restrição da configuração da fraude, de modo a que, conforme as circunstâncias, ainda se tenha como possível a sua tutela. O manejo dos embargos de terceiro é estudado com enfoque especial para a tutela da posse *animus domini* do promitente comprador, sem prejuízo dos demais direitos em que se pode basear a sua utilização. Conclui-se pela impossibilidade da alegação de exceção de domínio, por parte do credor embargado, com preponderância para a posse própria do promitente comprador em detrimento do direito de propriedade do promitente vendedor. Como a fraude se impõe como efetivo limite à tutela, examina-se a possibilidade de apreciação da fraude contra credores no transcurso da ação de embargos de terceiro, para se entender pela impossibilidade, diante da existência de procedimento próprio. O mesmo não ocorre com a fraude à execução, que poderá ser decretada até mesmo de ofício pelo juiz.

SUMMARY

This study analyzes the limits and possibilities of taking into custody the promissory buyer on the attachment of third parties, in face of the creditors of the promissory seller attempting to obtain the satisfaction of the debt through judicial alienation of the pledged property. The issue has been the object of ample theoretical and legal divergence. The relevant aspects are still under study for approval by Docket 621 of the Supreme Federal Court, as well as Docket 84 of the Supreme Court of Justice. From the factors on which the publication of both dockets are based, and based on the mandatory legal relationship that gives cause to the ownership of the promissory buyer, the characteristic and qualifying elements are evaluated. Parallel to the ownership, taxes on property registration of the buying and selling contract is taken into consideration, especially in view of rendering efficient the legal obligation relationship to third parties. Taking into account that through the buying and selling commitment what is being aimed at is, in fact, the future signing of a public buying and selling deed, the system of the assignment of property under the Brazilian Civil Code is analyzed. Based on ownership qualification, registration of the contractual commitment and system of assignment of property purposes, the reasons for the very ownership of the promissory buyer, object of constriction or judicial apprehension, is worthy of custody, regardless of the registration of the contract with a real estate public notary's office. Fraud, whether from execution or against creditor, is presented as the true and effective factor for limiting the protection of the promissory buyer. His good-faith, however, is evaluated with views at restricting the constitution of fraud, in such a way that, according to the circumstances, custody will still be possible. Attachment by third parties are studied with special focus on the custody of *animus domini* ownership of the promissory buyer, with no loss of other rights which can be used for recovery. It has been concluded that, as it is impossible for the creditor of the attachment to plea estate privilege, preponderance for the ownership of the promissory buyer is in detriment to the right of ownership of the promissory seller. As fraud imposes itself as an effective limitation to the custody, the possibility of analyzing the fraud against the creditors during the course of third party attachment legal actions is being examined, to understand about the impossibility, in face of the existence of the proper procedure. The same does not occur with execution fraud, which can be decreed even by an official letter from the judge.

ÜBERBLICK

Das vorliegende Studium ist für die Analyse der Grenzen und Möglichkeiten von Vormundschaft des Kaufwilligers durch die Drittenbeschlagnahmen bestimmt, hinsichtlich des Anspruchs von Gläubigen des Verkaufwilligers, um die Erfüllung der Schuld anhand der Gerichtsentfremdung der verpfändeten Immobilien zu verschaffen. Die Materie war Gegenstand der umfassenden grundsätzlichen Abweichung, sodaß die bedeutenden Anblicke für die Zustimmung vom Auszug Nr. 621 des obersten Bundesgerichtshofs, sowie vom Auszug Nr. 84 des obersten Rechtsgerichtshofs untersucht wurden. Ab die Faktoren, daß die Ausgabe dieser beiden Auszüge leiten und anhand der verpflichtenden Gerichtsbeziehung, daß in den Besitz des Kaufwilligers die Sache setzt, sollen ihre kennzeichnenden Elemente und qualifizierten Mittel geschätzt werden. Parallelweise in den Besitz wird die Belastung der Vertragsimmobiliereintragung von Kauf- und Verkaufvergleich angesehen, besonders in Bezug auf die Wirksamkeit zur verpflichtenden Gerichtsbeziehung vor den Dritten zu ermöglichen. Da man die zukünftigen Veranstaltung der öffentlichen Kauf- und Verkaufurkunde durch den Kauf- und Verkaufvergleich beabsichtigt, soll man an den brasilianischen Bürgergesetzbuch das Übertragungssystem des Immobilieneigentum analysieren. Aus der Besitz-qualifizierung, der Ziele von Eintragung des Vergleichsvertrags und dem Übertragungs-system des Immobilieneigentum, sollen die Ursachen dadurch den eigenen Besitz des Kaufwilligers, Gegenstand der Gerichtszusammenziehung oder -verhaftung vorgestellt werden, von der Vormundschaft würdig ist, unabhängig von Eintragung des Vertrags bei der Anmeldung vor dem Immobiliennotariat. Der Betrug, entweder aus der Vollstreckung oder gegen die Gläubigen, soll wie der Istfaktor der Beschränkung auf den Schutz des Kaufwilligers vorgestellt werden. Inzwischen kann seinen guten Glauben hinsichtlich der Einschränkung von Betrugsgestaltung geschätzt werden, sodaß noch man seine Vormundschaft für eine mögliche Sache ansieht. Die Handhabung der Drittenbeschlagnahmen soll mit besonderer Einstellung für die Vormundschaft des *animus domini* Kaufwilligerbesitzes, ohne Schaden der weiteren Rechte, worauf man ihre Verwendung beruhen kann. Es wird dann zur Unmöglichkeit von Behauptung der Besitztumausnahme abgeschlossen, von dem beschlagnahmenden Gläubigen aus, mit dem Übergewicht für den eigenen Besitz des Kaufwilligers zum Nachteil für das Eigentumsrecht des Verkaufwilligers. Da der Betrug wird wie eine wirksame Grenze zur Vormundschaft aufgelegt, soll man die Möglichkeit von der Betrugsbeurteilung gegen die Gläubigen beim Zeitlauf von Klagen der Drittenbeschlagnahme, damit man durch die Unmöglichkeit vor der Existenz des Selbstverfahrens verstehen kann. Dasselbe sich nicht mit dem Betrug zur Vollstreckung erfolgt, welche sogar durch das Richteramt verordnet werden kann.

INTRODUÇÃO

O propósito da presente dissertação é fazer uma análise dos diversos aspectos que envolvem a possibilidade da tutela do promitente comprador através dos embargos de terceiro. Com frequência, os credores do promitente vendedor pleiteiam a satisfação do débito mediante a apreensão e alienação judicial do imóvel compromissado, em detrimento da posse do compromissário, fundamentados na titularidade do direito de propriedade do compromitente.

O tema é objeto de ampla controvérsia, tanto doutrinária como jurisprudencial. A existência de reiterados pronunciamentos jurisdicionais sobre a matéria, em sentidos muitas vezes opostos, importaram iniciar pela análise dos antecedentes e precedentes judiciais das duas posições antagônicas adotadas pelas altas cortes de justiça do Brasil: o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Das circunstâncias que envolvem a transmissão, através de cláusula contratual inserida no instrumento de compromisso de compra e venda, da posse do imóvel ao promitente comprador, faz-se análise das duas principais teorias possessórias: a teoria subjetiva de Savigny e a teoria objetiva de Ihering. Com base nelas se procura estabelecer aquela na qual melhor se baseiam os motivos por que a posse, conforme determinadas circunstâncias, pode dar ensejo à tutela do promitente comprador, independente do registro do contrato na matrícula, perante o cartório de registro de imóveis.

Com a avaliação das duas consagradas teorias possessórias e do estudo da relação jurídica obrigacional que envolve o promitente comprador e o promitente vendedor, estabelecem-se as razões da controvérsia acerca da configuração do desdobramento da relação possessória e do papel do *animus domini* no âmbito da

posse do promitente comprador, bem como se apresenta um posicionamento sobre o impasse acerca da sua qualificação.

O estudo da obrigatoriedade do registro do contrato de compromisso de compra e venda na matrícula do imóvel compromissado, perante o cartório de registro de imóveis, permite expor até que ponto ele cumpre com a finalidade de racionalização da publicidade quanto aos contratos que se desenvolvem relativamente à propriedade imobiliária. Houve a preocupação de demonstrar as vantagens que o registro do contrato proporciona ao promitente comprador, em termos de segurança jurídica para a futura satisfação de sua pretensão obrigacional de obter o contrato definitivo, a escritura pública de compra e venda.

Do estudo do registro imobiliário, examina-se o sistema de transmissão da propriedade imóvel consagrado no Código Civil brasileiro, de modo a poder considerá-lo adiante, em relação aos fatores da configuração da fraude contra credores e de execução.

A apreensão judicial é analisada com especial destaque para a penhora e arrecadação judicial que incumbe ao síndico da massa falida proceder, quando da administração da falência, tendo em vista a frequência com que essas hipóteses ocorrem na prática.

Em relação à penhora, esclarecem-se os seus elementos constitutivos, com especial enfoque acerca do seu registro na matrícula do imóvel, perante o cartório de registro imobiliário da circunscrição competente. São examinados também os efeitos em relação a terceiros de boa-fé que, com base na inexistência do seu registro, adquirem imóvel judicialmente apreendido.

Do estudo da aplicação do princípio da prioridade registral, definem-se as circunstâncias em que a penhora ou outro direito real incompatível, embora estando registrados, nem por isso necessariamente se imporão como limitação à tutela da posição jurídica do promitente comprador, diante da qualificação da sua posse.

Tema pouco versado na doutrina, examina-se a alteração da qualificação da relação possessória, a fim de estabelecer a existência ou não de turbção ou esbulho à posse do promitente comprador em decorrência de atos de apreensão judicial, especialmente em face da penhora e da arrecadação, pela reiteração com que elas se apresentam no cotidiano forense.

A fraude, como fator de limitação da tutela do promitente comprador, é estudada em relação ao seu fator determinante na alienação de imóveis, baseado no sistema de aquisição da propriedade imobiliária do Código Civil, com considerações à separação do plano do direito obrigacional e do direito real. Algumas hipóteses, de caráter meramente exemplificativo, são formuladas de modo a melhor se compreender a problemática da tutela da boa-fé do promitente comprador com base na teoria da aparência.

De modo a não se deixar uma lacuna, reflete-se acerca da tutela do promitente comprador em consideração aos rigores da Lei de Falências e de Registros Públicos, no referente à fraude e seus efeitos, com especial consideração para com a tutela da posse própria e da boa-fé do promitente comprador, diante da ausência do registro do contrato. O estudo da matéria em termos de Lei de Falências também se justifica pelo fato de os embargos de terceiro serem igualmente disciplinados nesse diploma legal.

Pela importância dos embargos de terceiro como instrumento de defesa do promitente comprador ante apreensão judicial, apreciam-se os aspectos processuais envolvendo o seu manejo, com especial consideração à sua natureza jurídica, o caráter ambivalente em relação ao objeto da ação e sua extensão na Lei Processual Civil e Lei de Falências.

A qualificação da relação possessória fundamentadora do pedido dos embargos de terceiro também é avaliada, conforme a relação jurídica obrigacional que lhe dá origem. A matéria possessória objeto dos embargos de terceiro tornou obrigatória a apreciação da possibilidade de alegação da exceção de domínio pelo

embargado exeqüente, o que ocorre com frequência na prática, estudo realizado com supedâneo na legislação lusitana e brasileira.

Observe-se que não se tem a pretensão de esgotar, muito menos de apresentar um trabalho original e inédito, a respeito do tema. Exemplo disso são as diversas referências à doutrina e à jurisprudência, que no decorrer do trabalho são alvo de análises críticas. Originalidade talvez se encontre na forma como a matéria é tratada, quando sistematiza e condensa os diversos aspectos que envolvem a possibilidade ou não, de tutela do promitente comprador.

Os principais acórdãos relativos às questões que envolvem o tema, em relação aos quais foram emitidos juízos de valor ou que foram utilizados para fundamentar posições adotadas no decorrer da exposição, estão transcritos na íntegra, no anexo. Desse modo o avaliador poderá, de um lado, aferir a legitimidade das ilações constantes da monografia, e, de outro, formular o seu próprio convencimento sobre a matéria, objeto de apreciação a seguir.

1 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

A tutela¹ do promitente comprador diante da pretensão do credor de obter a satisfação do seu crédito, com base na penhora do direito de propriedade do promitente vendedor, naquilo que já foi matéria objeto de ampla controvérsia nos tribunais pátrios, pode ser dividida em três etapas.

A primeira é anterior à edição da Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal², quando ainda não havia uniformidade entre os diversos julgamentos sobre a questão, época em que nos tribunais estaduais e no próprio Supremo Tribunal Federal se chegou a decidir de maneira diversa do estabelecido no enunciado da supracitada súmula. Assim, o próprio Supremo Tribunal Federal chegou a admitir a tutela do promitente comprador através dos embargos de terceiro, com fundamento na posse, desde que ausente qualquer modalidade de fraude. O cabimento dos embargos de terceiro já havia sido até mesmo reconhecido ao ser baseado em posse oriunda de direito pessoal sobre o bem penhorado, notadamente em ação de despejo.³

¹ O vocábulo é empregado aqui no sentido de defesa, amparo, proteção. Não corresponde, portanto, ao encargo conferido a alguém para proteger a pessoa e administrar os bens dos menores que não se acham sob o a autoridade parental.

² Súmula 621: “Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis”. (Os julgamentos que deram origem a essa súmula encontram-se no anexo, conforme relação a seguir: Recursos Extraordinários 73.527-PE; 87.958-RJ; 89.696-RJ; 91.814-RN; 92.743-SP; 93.742-RS; 93.443-RJ; 95.422-PR; 94.116-MG; 97.257-SP; 94.132-RJ; 101.546-SP; 97.243-RJ; 103.121-SP e Agravo de Instrumento n. 84.064-SP, páginas 16 a 72). A Súmula 621 foi aprovada em 17.10.84. Sua publicação no Diário da Justiça ocorreu em 29.10.84.

Como observa José de Oliveira ASCENSÃO, a Súmula não tem caráter vinculativo dos juízos inferiores, que poderão afastar-se da jurisprudência firmada de modo que decidam como bem entenderem. A “súmula tem a autoridade que resulta do órgão de que emana, mas não tem autoridade intrínseca de fonte do direito”, ou seja, ela não vincula os órgãos inferiores; o seu efeito se esgota no Tribunal que a firmou. Por isso, comenta o autor de que no direito brasileiro nem mesmo os meios de uniformização de jurisprudência assumem característica de fonte do direito. (O direito : introdução e teoria geral. 3. ed. Lisboa : Calouste-Gulbenkian, 1983. p. 248.)

³ Conforme julgamento proferido no Recurso Extraordinário 62.196-SP, cuja íntegra se encontra no anexo, na página 14. Foram as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal que admitiram a tutela da posse do promitente comprador: 71.162-GB, 82.692-RJ, 87.958-RJ, 88.685-RJ e 100.163-CE, transcritas no anexo da página 2 à página 13.

Com a modificação da composição dos membros integrantes do Supremo Tribunal Federal, surge a segunda fase, representada pela edição da Súmula 621, aprovada em 17 de outubro de 1984, que se manteve incólume por oito anos e oito meses.

A terceira etapa é caracterizada justamente pela superação da Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal⁴, ao ter o Superior Tribunal de Justiça aprovado, em 16 de junho de 1993, a Súmula 84.⁵

Percebe-se que não houve o surgimento de uma nova orientação, mas a retomada de antiga tendência, que, contudo, não tinha prevalência na mais alta corte de justiça da nação.

Houve efetivamente a renovação dos pressupostos, das bases e dos fundamentos axiológicos que norteiam a possibilidade de tutela do promitente comprador perante o direito de propriedade do promitente vendedor, circunstância que se refletiu de modo especial no âmbito da sua posse, sequer referida no enunciado da Súmula 621, mas significativamente tratada na Súmula 84.

Se o Direito Civil, como ramo da ciência jurídica, é passível de sofrer alterações e modificações na sua interpretação e concepção, isso pode suceder com pouca ou mesmo nenhuma alteração legislativa, especialmente no âmbito da disciplina dos Direitos Reais e no Direito das Obrigações, matéria diretamente

⁴ Das pesquisas realizadas, o último julgamento de que se tem conhecimento, proferido pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema, é datado de 3 de abril de 1989, no Recurso Extraordinário 01079088/210 (cuja integra se encontra no anexo, na página 73), em que por unanimidade, os Ministros Néri da Silveira, Sydney Sanches e Octávio Gallotti mantiveram a tese da Súmula 621. O mais curioso é que esse acórdão foi publicado no Diário da Justiça em 27.10.94, no Ementário nº 1764-2, na página 29.166, época em que a referida tese já havia sido superada pelo Superior Tribunal de Justiça, especificamente com a aprovação da Súmula 84, através da Corte Especial, em 18 de junho de 1993. (Diário de Justiça, Brasília, 2 jul. 1993, p. 13283.) Essa circunstância curiosa se explica, em parte, pelo fato de que, com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, decidiu o plenário do Supremo Tribunal Federal, em 19 de abril de 1989, que os recursos extraordinários admitidos independentemente de arguição de relevância, com alegação de afronta à lei ou dissídio jurisprudencial no plano infraconstitucional, fossem remetidos ao Superior Tribunal de Justiça, não subsistindo o recurso extraordinário, transformado em recurso especial *ipso iure*.

⁵ Súmula 84: “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse, advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”. (Os precedentes jurisprudenciais dessa súmula encontram-se no anexo, da página 83 a 138, conforme relação a seguir: Recursos Especiais 188-OPR; 1.310-SP; 226-0-SP; 573-0-RS; 662-0-RS; 696-0-RS; 866-0-RS; 1.172-SP; 2.286-0-SP; 8.598-0-SP; 9.448-0-SP). A Súmula 84 foi aprovada em 18.06.93, tendo sido publicada no Diário da Justiça em 02.07.93.

ligada ao tema proposto. Essas mudanças dependem essencialmente da maneira de pensar e de julgar de nossos juízes e ministros, de modo que adaptem normas antigas e superadas à realidade contemporânea.

O próprio conceito jurídico de propriedade constante do Código Civil não se alterou desde a sua promulgação, mas nem por isso se concebe a propriedade, hoje, como no início do século, muito embora tenha a Carta Constitucional de 1988 contribuído sobremaneira para tal.⁶ Incumbe aos magistrados, conferir às normas o elastério exegético indispensável para adequá-las à realidade social que elas devem disciplinar.

A transformação da concepção dos institutos de Direito Civil muitas vezes se apresenta imperiosa aos operadores do Direito, e a interpretação das normas, a hermenêutica, impõe-se como o único caminho viável para adaptá-las ao caráter dinâmico dos acontecimentos sociais, especialmente diante da inércia do legislador.

Assim ocorreu na perspectiva das transformações por que passou a definição dos limites e das possibilidades de tutela da posse do compromissário comprador, primeiramente para admiti-la, posteriormente para negá-la, para, num terceiro estágio, reconhecê-la novamente.

1.1 CONTROVÉRSIA: SEGURANÇA JURÍDICA E A QUESTÃO SOCIAL DAS DECISÕES JUDICIAIS

A função jurisdicional é essencialmente interpretativa do Direito, uma vez que a sentença transforma uma nova relação — nomeadamente quando o Estado se substitui aos particulares na síntese das discussões para indicar a quem pertence o Direito — de modo que explique, aclare ou explane a norma aplicável em relação ao caso concreto.

⁶ Conforme explica Luiz Edson FACHIN, não se pode deixar de mencionar que foi com a Constituição de 1934 que o princípio da função social da propriedade ingressou no texto constitucional, quando não se permitia o exercício do direito de propriedade contra o interesse social ou coletivo (O regime jurídico da propriedade no Brasil contemporâneo e o desenvolvimento econômico-social. Separata de: *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, n. 21, 1993. Item 3).

Nessa atividade hermenêutica, a divergência pode manifestar-se na aplicação do Direito ao caso concreto, dando origem a posicionamentos discrepantes sobre a mesma matéria. Surgem, então, decisões jurisdicionais, afirmando uma tese jurídica, que vem a ser negada por deliberação jurisdicional posterior, e assim alternadamente. Foi exatamente o que aconteceu no âmbito da tutela do promitente comprador, como antes demonstrado, em que, para situações basicamente idênticas, as decisões eram proferidas em sentidos opostos, ora em favor, depois em desfavor do promitente comprador.

Com decisões contraditórias para casos análogos ou semelhantes, o princípio da igualdade de todos, no que se refere à aplicação da lei⁷, fica abalado.

Aos promitentes compradores, certamente, não são concebíveis duas decisões antagônicas resolvendo uma mesma tese, uma mesma questão jurídica, um mesmo fato relevante para o Direito, porquanto de nada serve ser a lei igual para todos, em tese, se a sua aplicação ocorre de modo distinto para casos idênticos ou equivalentes.⁸

Diante da jurisprudência⁹ divergente sobre determinado problema jurídico, com dois ou mais acórdãos contraditórios relativamente à mesma questão jurídica,

⁷ Conforme José Afonso da SILVA, há distinção entre o princípio da igualdade *perante* a lei e o da igualdade *na* lei. Perante a lei, a igualdade corresponde à obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade com o que elas estabelecem, ainda que delas resulte discriminação, o que caracteriza isonomia puramente formal. A igualdade *na* lei exige que nas normas jurídicas não haja distinções que não sejam autorizadas pela própria constituição. A igualdade *perante* a lei seria exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos. A igualdade *na* lei seria exigência dirigida a todos aqueles que criam normas jurídicas gerais como aos que as aplicam aos casos concretos. Segundo esse autor, a distinção é desnecessária, no direito pátrio, porque a doutrina e a jurisprudência já consagraram a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido de que, no estrangeiro se confere à expressão igualdade *na* lei, nas suas palavras: “o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei.” (Curso de Direito Constitucional Positivo. 7. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991, p. 191-193).

⁸ Observe-se que o intervalo temporal entre a última decisão do Supremo Tribunal Federal nos moldes da Súmula 621 (3 de abril de 1989) e a primeira decisão do Superior Tribunal de Justiça nos moldes da Súmula 84 (8 de agosto de 1989) é de apenas quatro meses.

⁹ A palavra jurisprudência, conforme Antônio José de MATTOS NETO, comporta vários significados, a saber: a) toda a ciência jurídica elaborada pelos juristas e magistrados; b) o conjunto de respostas dos jurisconsultos em face de questões jurídicas a eles formuladas; c) a doutrina jurídica, o acervo de estudos, os trabalhos e monografias elaboradas pelos juristas, de cunho prático e teórico; d) o conjunto de decisões emanadas dos juízes e tribunais, segundo rito legal próprio e técnica especializada; e) o conjunto de manifestações do Poder Judiciário sobre determinada matéria, tendente a um único sentido, de modo constante, reiterado e pacífico, manifestando-se como uma das formas de expressão do direito. (A jurisprudência de posse no direito agrário brasileiro - perspectivas críticas. *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo, v. 10, n. 35, p. 161, jan./mar. 1986). A seu turno, José de Oliveira ASCENSÃO observa que há distinção entre “costume jurisprudencial” e “jurisprudência constante”, a qual não pode ser

não há cidadão que se sinta convencido quanto aos seus Direitos. Se a Constituição Federal reconhece o princípio da igualdade perante a lei, não podem ser aceitas duas teses reconhecidamente opostas sobre a sua interpretação; uma para reconhecer a defesa da posição jurídica¹⁰ do promitente comprador através dos embargos de terceiro; outra, para negá-la.

Em realidade, a análise do problema da penhora do bem compromissado à venda exige a consideração de múltiplas situações e casuísmos, aspecto que certamente contribuiu sobremaneira para o surgimento de decisões judiciais discordantes, muito embora algumas tivessem como referencial idênticas situações fáticas.

Não há dúvida de que a jurisprudência deve mudar de sentido e direção, quando significativas transformações sociais, econômicas, políticas e culturais o impuserem. A essas circunstâncias o magistrado deverá estar atento, pois tem o poder-dever de adequar a interpretação das normas à realidade social que elas pretendem disciplinar. Esse tema foi objeto de expressa consideração do Ministro Athos CARNEIRO, que, preocupado com as conseqüências sociais dos julgamentos, assim se manifestou:

Sabemos que no nosso país, principalmente nas camadas pobres da população, um grande número de negócios, e até direi, a maior parte dos negócios, é efetuada de maneira menos formal, e até absolutamente informal. Compram-se e vendem-se pequenos terrenos e casas apenas mediante a emissão de recibos, sinais de arras e mesmo de promessas de compra e venda ou “transferências de posse” redigidos de forma a mais

considerada por si como fonte do direito. Segundo esse autor, só haverá “costume jurisprudencial” quando houver um número significativo de decisões em certo sentido, com persistência considerável nessa orientação. Ele decorre da repetição de julgados, razão por que a jurisprudência não é propriamente fonte do direito, mas o costume. Ao contrário, haverá “jurisprudência constante” quando os casos, muitos ou poucos, sobre os quais os órgãos jurisdicionais se pronunciaram, tenham sido resolvidos de maneira idêntica, ainda que a orientação não tenha tido longa duração. Na “jurisprudência constante”, portanto, basta a repetição; já da convicção de obrigatoriedade resulta o “costume jurisprudencial”. (O direito, p. 245). No decorrer deste trabalho a palavra jurisprudência é empregada com a significação contida no item “e”.

¹⁰ O vocábulo posição jurídica tem o sentido de centro de direitos e deveres. Ao celebrar o compromisso de compra e venda, o promitente comprador passa a ser titular de direitos e deveres, tem o dever de pagar e o promitente vendedor tem o direito ao preço pactuado, assim como o comprador tem o direito de exigir a outorga da escritura pública definitiva e o vendedor o de realizar esta prestação, outorgando-a e transmitindo a posse do imóvel desde que pago o valor devido. A posição jurídica do promitente comprador decorre de um conjunto de direitos e deveres ou sujeições que advêm de uma relação jurídica. A noção de posição jurídica diferencia-se da noção de situação jurídica. Enquanto o promitente comprador não pagar o valor total do preço combinado pelo imóvel, ele será devedor. A sua situação jurídica será então a de titular de um dever jurídico, o de pagar o débito, é devedor.

singela. E é muitíssimo comum que esses documentos não venham a ser registrados no Registro de Imóveis, inclusive porque os termos em que estão vazados não permitiriam o registro. Para o registro imobiliário é necessário que o contrato revista determinados requisitos, o que exige, freqüentemente, a presença do tabelião ou do profissional do Direito.

Então, com extrema freqüência, ocorre na vida judiciária termos alguém que é possuidor do seu terreno ou da sua casa há muitos anos, em inteira boa-fé, que já pagou a totalidade do preço há muitos anos, e de repente é surpreendido por uma penhora, em execução promovida contra aquele que lhe havia “alienado” o imóvel; nos termos da aludida Súmula, irá perder seus direitos à posse e à aquisição da propriedade.

Então vemos aqui os dois pratos da balança: de um lado, temos o direito do credor, direito pessoal; do outro lado o direito, também pessoal, do possuidor e promitente comprador. Geralmente, como no caso dos autos, o possuidor já mantinha o seu direito de posse e os direitos à aquisição decorrentes de sua promessa de compra e venda desde antes do surgimento do crédito que origina a penhora.

Então se pergunta: entre as duas pretensões, a do credor, direito pessoal, e a do promitente-comprador com justa posse, direito também pessoal, qual é aquela que merece maior tutela, maior proteção da ordem jurídica?¹¹

Centrados na questão do contexto social básico em que se origina o conflito entre a posse do promitente comprador e o domínio do promitente vendedor executado, domínio esse em que se baseia o credor para buscar a satisfação do seu crédito, há dois trabalhos que merecem especial referência.

O do então juiz do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, Negi Calixto, pela proposta apresentada no Encontro dos Juízes dos Tribunais de Alçada realizado no período de 23 a 26 de novembro de 1981, no Rio de Janeiro, do qual resultou aprovada por maioria, a proposição¹² de se admitir a tutela da posse do compromissário, ainda que não inscrito o compromisso.¹³

¹¹ Conforme voto proferido no julgamento do RE 188-0-PR, do STJ (4ª Turma), em 8.8.89, que pode ser consultado no anexo da monografia, na página 84.

¹² É o seguinte o teor da proposição, muito embora se discorde da necessidade do instrumento público para que o bem seja excluído da penhora através dos embargos de terceiro: “O promitente comprador, por escritura pública irrevogável, imitado na posse do imóvel, embora não inscrita, pode através de embargos de terceiro excluir da penhora o imóvel objeto da promessa feita antes da dívida executada”.

¹³ Tanto na legislação quanto na doutrina, as expressões “compromisso de compra e venda” e “promessa de compra e venda” são utilizadas indistintamente, ou seja, como sinônimas. É importante considerar que não é o nome dado pelas partes ao contrato que irá determinar a sua espécie, visto que a sua verdadeira natureza será conferida pelo conteúdo das relações jurídicas nele disciplinadas. Sobre isso, pondera Darcy BESSONE que efetivamente não há rigor terminológico no direito brasileiro, o que, no caso em questão, é facilmente demonstrável: o Decreto-Lei 58 aludiu sempre a *compromisso de compra e venda* (art. 19) ou *contrato de compromisso*; o Código de Processo Civil de 1939 se

Igualmente o artigo específico sobre a matéria publicado pelo então juiz Francisco MUNIZ¹⁴, que além disso foi o relator dos Embargos Infringentes 40-85 provenientes de Cascavel, julgados em 5 de dezembro de 1985 pelo Tribunal de Alçada do Paraná, posteriormente apreciados pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, especificamente em 8 de agosto de 1989, através do Recurso Especial 188-0-PR (Registro nº 89.0008421-6), cujo acórdão se constituiu no primeiro julgamento desse tribunal, a servir de precedente¹⁵ para a aprovação da Súmula 84.

Se é verdade que um conjunto de acórdãos análogos e reiterados desempenham papel norteador para as decisões que os seguirão — como ocorreu com os julgados que deram origem à Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal —, esse aspecto não deve, entretanto, desestimular a reflexão e o pensamento jurídico, sem o que haveria a estagnação da ciência jurídica.

A respeito, muito apropriadas as palavras de José de Oliveira ASCENSÃO, abaixo transcritas:

Supomos que as referências à jurisprudência constante, que se vão repetindo em arestos de tribunais superiores ao ponto de muitas vezes os juízes se sentirem desobrigados de apresentar outra qualquer justificação, indiciam o trânsito do mero facto da repetição de julgados para uma visão da jurisprudência como fonte do direito. A jurisprudência constante trará ao julgador como que uma presunção de verdade daquela orientação. Presunção elidível, presunção que pode ser afastada: não se exclui uma viragem jurisprudencial. Em todo o caso, já esta presunção nos mostra que se tende a atribuir valor de criação normativa à constância das decisões.¹⁶

referia indistintamente ao *compromisso* (arts. 346 e 347) e à *promessa de contratar*, identificando-a como *contrato preliminar* (art. 1.006); a Lei 6.015, de 31.12.1973, refere-se à *promessa* (arts. 129, nº 5, l67, I. 18 e 20); a Lei 6.766, de 19.12.1979, designa *compromisso de compra e venda* e *promessa de cessões* (arts. 25, 26, 29 e 30) ou *promessa de venda ou de cessão* (arts. 18, VI e §3º, 27, 37 e 50, parágrafo único, I). (*Da compra e venda* : promessa & reserva de domínio. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 61.) Em razão dessa diversidade, as expressões *compromisso de compra e venda*, *contrato de compromisso*, *promessa de contratar* e *promessa de compra e venda* serão utilizadas indistintamente no âmbito da presente exposição.

¹⁴ MUNIZ, Francisco. Embargos de terceiro à penhora : a questão da posse do promitente comprador. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 75, n. 613, p. 7-14, nov. 1986.

¹⁵ O termo “precedente”, aqui, significa que o referido julgamento é considerado em relação de anterioridade a outros julgados de natureza ou modo igual ou semelhante, relativamente ao mesmo tema-problema proposto. Esse julgado foi, em realidade, a primeira deliberação do Superior Tribunal de Justiça, que serviu de critério ou base para a posterior edição da Súmula 84. O vocábulo, portanto, não tem o significado que lhe confere o sistema anglo-americano, em que haveria a vinculação dos órgãos inferiores ao que fora nele estatuído.

¹⁶ ASCENSÃO, O direito, p. 243.

As decisões jurisdicionais precisam amoldar-se às condições culturais, sociais, econômicas e políticas da sociedade, e, portanto, a seu momento histórico, pois naturalmente se altera o resultado da prestação jurisdicional apresentada aos litígios. Como a lei que se torna arcaica e o Direito que também envelhece com ela, a “viragem jurisprudencial” às vezes se faz indispensável.

Por oportuno, criticável é a posição daqueles que, como Othelo Dilon CASTILHOS, vêem no Supremo Tribunal Federal o ponto terminal de todas as decisões, restando impossibilitada qualquer retomada de discussão sobre matéria já sumulada.¹⁷ A mudança de entendimento no tocante à tutela do compromissário, com a superação da Súmula 621 pela Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça, bem demonstra que isso não é verdade.

Um conjunto reiterado de decisões em um mesmo sentido, ainda que oriundas da mais alta Corte de Justiça do país, não deve representar obstáculo à discussão, ao debate e ao estudo das diversas situações e relações jurídicas, disciplinadas pelo ordenamento jurídico.

Isso é correto porque o magistrado não está adstrito à jurisprudência, como não está estritamente preso à literalidade da lei¹⁸, à doutrina,¹⁹ às súmulas, aos costumes e aos princípios gerais de direito. A sua preocupação maior deve ser com a justiça de suas decisões. É na busca desse ideal que os tribunais do país podem revelar seu poderoso instrumental transformador do Direito e da Sociedade.

¹⁷ CASTILHOS, Othelo Dilon. Embargos de terceiro : penhora - compromisso de compra e venda não inscrito no competente registro público - inadmissibilidade do remédio, ainda que fundamentado na posse do bem. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 72, n. 567, p. 260-271, jan. 1983. Esse autor assim se pronuncia: “O STF, nossa mais alta Corte de Justiça e ponto terminal de todas as decisões, já se manifestou — e isto é suficiente — por sua constituição plenária, varrendo de vez a *vexata quaestio* ao dar improcedência a embargos de terceiro da espécie, mesmo fundados na posse”.

¹⁸ Conforme Carlos MAXIMILIANO, “toda ciência que se limita aos textos de um livro e despreza as realidades é ferida de esterilidade. Cumpre ao magistrado ter em mira um ideal superior de justiça, condicionado por todos os elementos que informam a vida do homem em comunidade”. (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1980, p. 158).

¹⁹ O termo “doutrina” tem significados diversos: a) a resposta de um jurisconsulto, que pode ter caráter vinculante ou não; b) um conjunto de posições dos diversos autores, de modo que delas se possam extrair orientações comuns, mas sem caráter vinculante. O mesmo ocorre com “jurisprudência”, que tanto pode significar um conjunto de decisões judiciais constantes, como o conjunto das orientações dos autores. É nesse segundo sentido que essa palavra será empregada no decorrer da presente dissertação.

Entende-se como pressuposto para a mudança de orientação jurisprudencial o fato de que não é somente pela lógica que se aplica o Direito ao caso concreto, mas também pela experiência, de maneira tal que não comporta axiomas e corolários matemáticos, uma vez que sofre injunções de vasta ordem que não permitem soluções puramente racionais, mas antes de tudo razoáveis. É essa razoabilidade das decisões judiciais de fundamental importância para a transformação do Direito e da jurisprudência contemporânea.

Todas essas considerações se justificam para tentar explicar a mudança ocorrida na definição dos limites e possibilidades de tutela do promitente comprador, especialmente no que se refere à questão possessória, bem como tentar justificar a tendência contemporânea, o que será objeto de exposição no decorrer do presente trabalho. Para que isso seja possível, faz-se necessário tecer considerações sobre os fatores que foram determinantes para a aprovação das súmulas *supra* mencionadas.

1.1.1 Caráter limitativo das possibilidades na Súmula 621 do STF

Na perspectiva da Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal, indispensável explicitar os fundamentos acerca do não reconhecimento da tutela possessória do promitente comprador, quando o contrato de compromisso de compra e venda não estiver registrado²⁰ na matrícula do registro de imóveis.

²⁰ Segundo Afrânio de CARVALHO (*Registro de imóveis*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1977. p. 107-108) e Maria Helena DINIZ (*Sistemas de registros de imóveis*. São Paulo : Saraiva, 1992. p. 41-46), não há rigor terminológico no uso dos termos “inscrição”, “transcrição” e “averbação”, englobando-as a designação genérica “registro”. Segundo a autora, a *averbação* em geral se destina à ressalva de direitos que se processa na matrícula ou à margem do registro, e tem por finalidade informar a existência de fato superveniente, modificando o registro sem alterar a sua essência; p. ex., prorrogação de prazo de hipoteca. Difere do *registro*, que é ato subsequente ao da matrícula, com a individualização do imóvel. Por sua vez, *transcrição* é o registro de atos geradores de aquisição e transmissão da propriedade e tem por objeto escrituras de compra e venda, permuta etc. A *inscrição* se caracteriza pelo registro dos atos que oneram ou restringem o direito de propriedade sobre o imóvel, como a hipoteca, a locação etc. Já a *averbação* decorre da necessidade de informar fatos ou atos que, não sendo constitutivos de domínio e ônus, sejam atinentes a alterações dos caracteres do imóvel e do titular do direito real. Tecnicamente não se deve falar em transcrição e inscrição, pois esses atos se designam “registro”. No âmbito do presente trabalho essas expressões serão utilizadas indistintamente para designar o registro do contrato de compromisso na matrícula do imóvel.

Os precedentes da referida súmula traduzem uma orientação predominante em que as decisões eram em sua totalidade baseadas na eficácia *erga omnes* do registro do contrato de compromisso de compra e venda, conforme disciplina o Decreto-Lei 58, de 10 de dezembro de 1937 (art. 22) e a Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (art. 25), respectivamente.^{21 22}

Foi preponderante, no Supremo Tribunal Federal, a segurança e a confiabilidade dos registros públicos. Prevaleceu a tese de que somente o registro do contrato de compromisso na matrícula, junto ao cartório de registro de imóveis, confere oponibilidade perante terceiros, não sendo suficiente a posse efetiva do imóvel. O rompimento dessa regra poderia levar a casuísmos que colocariam em risco a estabilidade, a segurança e a confiabilidade do sistema imobiliário registral.²³

No Supremo Tribunal Federal ficou assente o entendimento de que, diante da ausência do registro do contrato de compromisso no registro de imóveis, havia para o compromissário comprador unicamente a titularidade de um direito obrigacional de efeitos *inter partes*, cujo inadimplemento se resolveria em perdas e danos, não produzindo efeito em relação a terceiros, especialmente em relação ao credor do promitente vendedor.

²¹ “Art. 22. Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros, e lhes confere o direito de adjudicação compulsória nos termos dos arts. 16 desta lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil. (Conforme redação conferida pela Lei n. 6.014, de 27.12.73). Art. 25. São irretratáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiros.”

²² Veja-se que atualmente o direito material aplicável aos imóveis loteados é disciplinado pela Lei n. 6.766/79. Relativamente aos imóveis não loteados, os compromissos de compra e venda são disciplinados pelo Decreto-Lei n. 58/37. Relativamente às promessas de venda de unidades autônomas objeto de incorporação imobiliária aplica-se a Lei 4.592/64. Embora o Decreto-Lei n. 58/37 (Regulamentado pelo Decreto n. 3.079/38) esteja bastante alterado em relação à sua redação originária, acredita-se que as disposições relativas à adjudicação compulsória não derogadas pela Lei n. 6.766/79 continuam em vigor, especialmente em relação aos imóveis não loteados.

²³ É possível cogitar igualmente da tendência de viés napoleônico nessa “tutela” do “domínio”, muito embora a finalidade última dessa proteção seja a satisfação do credor, pela possibilidade de penhora do imóvel e seu consequente ressarcimento.

Disso se concluiu ser necessário resguardar a boa-fé do terceiro contratante, credor do compromitente vendedor, cujo patrimônio garantiria o cumprimento das suas obrigações.

Como somente o registro opera a transferência do domínio, a teor do artigo 530, inciso I, combinado com o artigo 533, ambos do Código Civil,²⁴ o imóvel, ao menos no plano registral, ainda integrava o patrimônio do promitente vendedor, quando da realização da penhora, motivo pelo qual se teve como perfeitamente possível a sua apreensão judicial.

Não configurado um direito obrigacional com eficácia real ou um direito obrigacional com oponibilidade diante de terceiros, ou um direito real, conforme o entendimento acerca da natureza jurídica do registro desse contrato no registro de imóveis, prevaleceu a tese de que a posse do compromissário comprador era decorrente do desdobramento da posse do promitente vendedor, não se excluindo dele a posse indireta de legítimo proprietário. Considerou-se configurada, a bipartição, o desdobramento da relação possessória em posse direta e indireta,²⁵ nos termos do que prevê o artigo 486 do Código Civil.²⁶ Restou eliminada qualquer possibilidade de argumentação no sentido de que se tratava de posse própria, *animus domini*.

Teve primazia, para a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a tese de que a penhora não acarreta em si turbção ou esbulho à posse do compromissário comprador, porque com o desdobramento da relação possessória não tem posse própria, mas posse direta decorrente da posse indireta do promitente vendedor. A partir dessa orientação não admitiu a possibilidade de embargar ao

²⁴ “Art. 530. Adquire-se a propriedade imóvel: I - Pela transcrição do título de transferência no registro do imóvel; [...]” “Art. 533. Os atos sujeitos à transcrição (arts. 531 e 532, ns. II e III) não transferem o domínio, senão da data em que se transcreverem (arts. 856 e 860, parágrafo único).”

²⁵ Antes mesmo da edição da Súmula 621, o STF já se havia pronunciado sobre essa questão, tendo decidido pela bipartição da posse no RE 91.793-MG. O inteiro teor do acórdão poderá ser consultado no anexo, na página 142.

²⁶ “Art. 486. Quando, por força de obrigação, ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, se exerce temporariamente a posse direta, não anula esta às pessoas, de quem eles a houveram, a posse indireta.”

promitente comprador, equiparando a sua posição jurídica e a sua posse com a do comodatário e do locatário.

Derradeiramente, ao arrepio dos termos legais,²⁷ decidiu-se que os embargos de terceiro somente protegem o direito do promitente comprador, quando registrado o compromisso ou a posse que no registro se baseie, não se admitindo a tutela exclusiva da posse, desacompanhada do registro imobiliário do contrato.

1.1.2 Superação da Súmula 621 no STJ

Com a aprovação em 18 de junho de 1993, do enunciado da Súmula 84, pelo Superior Tribunal de Justiça através da sua Corte Especial, em que se admitiu a oposição de embargos de terceiro com fundamento na posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, mesmo que desprovido de registro imobiliário, houve uma verdadeira mudança, uma retomada de orientação na perspectiva dos valores relativos à problemática do tema proposto, em especial, no que se refere à definição dos limites e das possibilidades da tutela possessória em sede de embargos de terceiro.

A posse do promitente comprador foi considerada como elemento de valor preponderante e autônomo, em divergência com o enunciado da Súmula 621, que não a reconhecia como tal.

Houve preocupação, no Superior Tribunal de Justiça, com uma solução de compromisso social, com decisão que correspondesse aos anseios da realidade jurídica, social e econômica do país. Nesse sentido, diante do confronto de dois direitos, do credor do compromitente vendedor e o do compromissário comprador, entendeu-se que deve prevalecer o de quem está na posse do imóvel.

²⁷ “Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer **turbação ou esbulho na posse de seus bens** por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhes sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos. § 1º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou **apenas possuidor** [sem grifo no original].”

Sob o prisma da possibilidade de existência de fraude entre o promitente comprador e o promitente vendedor, predominou a tese de que, provada a constituição do direito de natureza obrigacional, antes da celebração da obrigação²⁸ da qual decorria a execução, nada justificava que esse mesmo direito anterior fosse desconhecido do exequente, diante da posse efetiva do promitente comprador, ainda que o contrato de compromisso não estivesse registrado.

Não configurada a violação de normas de ordem pública, como ocorre na fraude de execução, nada havia a impedir a procedência do pedido dos embargos. No que se relaciona com a fraude a credores, acolheu-se a tese de que a alienação deve ser considerada plenamente eficaz, enquanto não anulada através do meio jurídico processual próprio, nomeadamente, a ação pauliana.

A seu turno, o registro de imóveis, a par da segurança, confiabilidade e estabilidade, foi entendido como imprescindível somente para oponibilidade do direito do compromissário comprador àqueles terceiros que pretendam sobre o imóvel direito juridicamente incompatível com a pretensão aquisitiva do promitente comprador.²⁹ Isso não ocorria, em geral, em relação ao credor do compromitente vendedor, que na maioria dos casos não era titular de nenhum direito real de garantia, como também não buscava a titularidade da propriedade do imóvel para si, não havendo nenhum embate em relação à aplicação do princípio da prioridade registral.

²⁸ Conforme Washington de Barros MONTEIRO, obrigação “é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através do seu patrimônio” (Curso de direito civil. São Paulo : Saraiva, 1977. Direito das obrigações, p. 3-11).

²⁹ Aqui está compreendida a compra e venda celebrada pelo promitente vendedor em favor de terceiro, que registra a escritura pública perante o cartório de registro de imóveis antes que o promitente comprador o faça em relação ao compromisso. Assim também qualquer outro ônus, como nos direitos reais de garantia. Por exemplo a hipoteca, em que se constitui uma garantia real em favor do credor, operando-se sem o desapossamento do devedor. Hipotecado o imóvel compromissado pelo promitente vendedor, fica ele, em princípio, afetado à obrigação hipotecária, do que resulta o direito de preferência do credor hipotecário, oponível aos demais. Isso, em princípio, prejudica a pretensão do promitente comprador sem contrato registrado, eis que o credor hipotecário será pago pelo produto da alienação do imóvel, anteriormente e com a exclusão de qualquer outro credor. Essa circunstância faz pensar na improcedência dos embargos de terceiro, com a conseqüente penhora e alienação judicial do imóvel compromissado, o que nem sempre ocorrerá diante da posse do promitente comprador. A constituição, pelo promitente vendedor, de direitos em favor de terceiros, incompatíveis em relação à pretensão do promitente comprador, deverá ser analisada em face do registro do contrato e da posse do imóvel, circunstâncias que serão melhor apreciadas no decorrer dessa exposição.

Predominou no Superior Tribunal de Justiça a função e o papel da posse do compromissário comprador, porquanto uma vez quitado o compromisso,³⁰ ela foi considerada como própria, com *animus domini*, como de dono. Não havia motivo para cogitar do desdobramento da relação possessória em direta e indireta, no âmbito do compromisso de compra e venda quitado.

A penhora como ato de apreensão foi tida como fator de desapossamento, uma vez que a posse é transferida para o tribunal ou juízo, que possui através do depositário, cessando a posse própria do promitente comprador.

Derradeiramente se reconheceu, consoante expressa disposição legal a respeito,³¹ o cabimento da tutela possessória através dos embargos de terceiro, visto que são admitidos como meio de defesa da posse, não se restringindo à proteção de direitos reais (propriedade, usufruto, hipoteca) ou da posse que neles se baseie, como a posse do proprietário. Com isso se deixou de lado a interpretação restritiva que lhe conferia o Supremo Tribunal Federal.

1.1.3 Ausência de unanimidade nas decisões do STF e do STJ

Tanto anterior quanto posteriormente à edição da Súmula 621, não houve entendimento unânime acerca da tutela possessória do compromissário comprador, não estando registrado o contrato de compromisso na matrícula do imóvel.

No período compreendido entre os anos de 1972 e 1984, dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal que reconheciam a procedência do pedido dos embargos de terceiro para tutelar a posse do promitente comprador, destacam-se Cunha Peixoto, Soares Muñoz, Oscar Corrêa, Rodrigues Alckmin, Xavier de Albuquerque e Thompson Flores.

³⁰ Observe-se que, dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça que deram origem à Súmula 84, em todos os casos o compromisso de compra e venda se encontrava quitado.

³¹ Conforme disciplina o Código de Processo Civil, no artigo 1.046 (v. nota de rodapé 27, página 16).

No mesmo período, os Ministros Djaci Falcão, Alfredo Buzaid, Moreira Alves, Aldir Passarinho, Rafael Mayer, Décio Miranda, Cordeiro Guerra, Leitão de Abreu, Clóvis Ramalhete, Néri da Silveira e Francisco Rezek tinham por incabíveis os embargos de terceiro para tutelar a posse do compromissário, se não registrado o compromisso. Essa divergência também se apresentou na jurisprudência dos tribunais estaduais, refletindo-se da mesma maneira na doutrina.

Igualmente no Superior Tribunal de Justiça não houve unanimidade entre os Ministros. De início manifestaram certa oposição à admissão da proteção possessória do promitente comprador os Ministros Cláudio Santos, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Somente no Recurso Especial 696-0-RS Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro mudaram de entendimento, passando a reconhecer o cabimento dos embargos de terceiro, mesmo que o compromisso de compra e venda não estivesse registrado. Cláudio Santos foi o que mais resistiu à nova orientação, mantendo-se fiel ao seu posicionamento, identificado na Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal. Ele somente admitiu a tese contrária no julgamento do Recurso Especial 2.286-0-SP.

Reconheceram a tutela possessória do promitente comprador, desde logo, os Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar, Gueiros Leite, Waldemar Zveiter, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Antônio de Pádua Ribeiro.

Diante das divergências anteriormente arroladas, consubstanciadas na Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal e na Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça, e dos aspectos preponderantes em cada uma das orientações, convém adentrar no cerne da questão. Primeiramente, a partir da matéria relativa à qualificação da posse, para, em seguida e consecutivamente, analisar a matéria registral, a apreensão como turbação e esbulho à posse, a questão da fraude, e, finalmente, a viabilidade e os requisitos para o manejo dos embargos de terceiro. A partir daí será possível esclarecer os efetivos limites e as reais possibilidades de tutela da posição jurídica do promitente comprador, com especial ênfase para a questão da

preponderância da sua posse, em confronto com a pretensão de terceiros que, com base no direito de propriedade do promitente vendedor, buscam a satisfação de seus créditos através da penhora do imóvel comprometido.

2 TRANSMISSÃO DA POSSE E SEU PAPEL NA TUTELA DO PROMITENTE COMPRADOR

A transmissão da posse não é elemento essencial do compromisso de compra e venda, de tal maneira que a entrega do imóvel, a tradição ao promitente comprador não é efeito desse contrato — que tem por objeto uma obrigação de prestação de fato, consistente na emissão de declaração de vontade de natureza negocial definitiva — ou da sua reiteração no instrumento jurídico próprio, a escritura pública de compra e venda, conforme seja a natureza jurídica que se lhe entenda cabível — ora como contrato definitivo³² ou como contrato preliminar³³.

Uma vez celebrado o compromisso de compra e venda, duas hipóteses há quanto à transmissão da posse ao comprador. A primeira é a de que a sua imissão, assim como a transferência da titularidade do direito de propriedade através do registro da escritura pública de compra e venda, fiquem condicionadas à quitação integral do preço convencionado, hipótese em que, não transferida a posse, não haverá como o comprador invocá-la em sua defesa nos embargos de terceiro.

A segunda possibilidade, e a mais freqüente, é aquela em que se estabelece, através de cláusula contratual, que o promitente comprador será imitado na posse do

³² Para Orlando GOMES e Antunes VARELA, “o compromisso de venda de imóveis é um contrato de compra e venda *in itinere*, em formação *sucessiva* ou *escalonada* no tempo”, ou seja, com a celebração do compromisso de compra e venda já há a declaração de vender e de comprar (e não a promessa de futura venda ou compra), declaração essa acompanhada da obrigação de formalizarem no futuro o negócio jurídico com a celebração da escritura pública definitiva (**Direito econômico**. São Paulo : Saraiva, 1977. p. 105). Antunes VARELA explica que o compromisso de compra e venda não é pura promessa de vender e de comprar; é algo mais. Para ele trata-se de autêntica compra e venda, embora ainda sem a forma necessária, em razão de circunstâncias alheias à vontade das partes, que se comprometem a reproduzir as suas declarações na compra e venda, segundo a forma exigida, logo que as condições o permitam. Entende que no momento da celebração compromisso as partes já querem vender e comprar, embora as declarações não se revistam da forma exigida pela lei; nesse momento elas já não podem voltar atrás, exceto por mútuo consenso. (**Sobre o contrato-promessa**. 2. ed. Coimbra : Coimbra, 1989. p. 102). Semelhante é o posicionamento de José Osório de AZEVEDO JUNIOR (**Compromisso de compra e venda**. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 19-27).

³³ Para BESSONE, o compromisso de compra e venda é considerado espécie do gênero contrato preliminar (**Da compra e venda**, p. 58-77). Assim também pensa Mário Aguiar MOURA (**Promessa de compra e venda**. Rio de Janeiro : Aide, 1986. p. 39-46).

imóvel desde a data da assinatura do instrumento de compromisso de compra e venda, condicionando-se a celebração da escritura pública de compra e venda ao pagamento integral do preço pactuado.

2.1 TRANSFERÊNCIA DA POSSE PELA CLÁUSULA *CONSTITUTI*

Conforme Clóvis BEVILÁQUA, o constituto possessório “é a operação jurídica, em virtude da qual, aquele que possuía em seu próprio nome,³⁴ passa, em seguida, a possuir em nome de outrem”.³⁵ Trata-se, em realidade, de inversão do *animus*, pois o promitente vendedor ficaria possuindo a título precário.

Quando a aquisição da posse se opera através da cláusula *constituti*, haverá para o adquirente unicamente uma posse jurídica ou civil, porquanto, como explica Getúlio Targino LIMA, através de “uma ficção de direito, extingue, quanto ao vendedor, a posse que lhe pertencia e faz nascer, em favor do comprador, a posse a que tem direito, a partir da assinatura do documento competente, embora o objeto vendido ainda esteja sob o poder material do antigo proprietário”.³⁶ É aquisição derivada da posse, sem que exista pela parte do adquirente qualquer ato material em relação ao imóvel.

³⁴ Acredita-se que não se deve entender a “posse em nome de outrem” como a daquele que a recebe em consequência de relação jurídica com outra pessoa, como a do comodatário, do arrendatário. Em realidade, quem tem a sua posse fundada em título jurídico derivado da posse de outrem não possui em nome alheio, mas em nome próprio, ainda que reconheça o domínio ou outro direito real em outra pessoa. Desse modo, o locatário — que tem a posse decorrente do direito de locação como sua — exerce a “posse em nome próprio”, tanto que pode fazer uso dos interditos até mesmo em face do proprietário. A noção de “posse em nome próprio” e de “posse em nome de outrem” revela como uma mesma posse pode ser exercida pelo titular ou por alguém em seu nome. Trata-se, segundo Enrique LALAGUNA DOMINGUEZ, de dois possíveis modos de exercer a posse. (*Curso de derecho civil III : derecho de cosas*. 2. ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 1993. v. I, Introducion: La posesión, p. 182-183). Sobre o tema, observe-se que no Código de Processo Civil há tratamento diferenciado quanto à intervenção de terceiros para os casos de posse em nome alheio ou de outrem (detenção — poder físico em nome próprio, porém subordinado à posse de quem lhe concedeu a detenção) e desdobramento da posse, tanto que no primeiro caso deverá haver nomeação à autoria (art. 62), ao passo que no desdobramento da relação possessória será o caso de denunciação da lide (art. 70, II). Sobre a matéria, V. *Intervenção de terceiros no processo civil*, de Luiz Edson FACHIN (São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989).

³⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1956. v. 1, p. 48.

³⁶ LIMA, Getúlio Targino. Constituto possessório e transferência da posse. *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 93-100, jan./mar. 1986.

O Código Civil prevê expressamente a aquisição e a perda da posse através do constituto possessório.³⁷ Assim, transmitida a posse pela cláusula *constituti*, se aquele que permanecer na posse direta do imóvel se recusar a desocupá-lo, será cabível a ação de reintegração de posse e não a de imissão.

O constituto possessório somente terá sentido em termos de transmissão da posse ao promitente comprador na hipótese de compromisso de compra e venda quitado, uma vez que, através desse instituto jurídico³⁸, o vendedor, que era possuidor pleno, passaria a ser possuidor direto, e o comprador passaria a ser possuidor indireto, alterando-se o título da posse. O promitente comprador não pode transmitir ao promitente vendedor, pela cláusula *constituti*, um direito que ainda não tem. Como observa Joaquim Guedes Corrêa GONDIM NETO, o constituto possessório não substitui a conclusão do contrato de compra e venda. Por isso não pode aplicar-se ao compromisso de compra e venda, porque é impossível a transmissão da posse através dessa modalidade, quando a coisa ou o imóvel ainda está por adquirir.³⁹

O constituto possessório, segundo Targino LIMA, “procura resguardar mais os interesses do comprador que não recebe o objeto comprado, permitindo fique o mesmo sob o poder do alienante”.⁴⁰

Em termos de tutela do compromissário, a transmissão da posse através da cláusula *constituti* somente teria sentido com a quitação do compromisso, momento em que criaria para ele a posse jurídica do imóvel, simbólica, uma vez que de fato

³⁷ “Art. 494. A posse pode ser adquirida: [...] V - pelo constituto possessório. [...] Art. 520. Perde-se a posse das coisas: [...] V - pelo constituto possessório.”

³⁸ Conforme Manuel A. Domingues de ANDRADE, *instituto jurídico* “é o complexo de normas (pode às vezes trata-se de uma só) que contém a disciplina jurídica de uma dada relação jurídica em sentido abstracto. Temos assim o instituto do pátrio poder, da tutela, da compra e venda, do casamento, da sucessão legítima, etc”. (*Teoria Geral da Relação Jurídica*: sujeitos e objecto. Coimbra : Almedina, 1992, v. 1, p. 5).

³⁹ GONDIM Neto, Joaquim Guedes Corrêa. *Posse indireta*. Rio de Janeiro : Universidade do Rio de Janeiro, 1972. p. 91. O autor se baseia na observação de REGELSBERGER, de que “a teoria do constituto esquece que a obrigação de contratar um *constitutum*, não substitui a conclusão do próprio contrato”.

⁴⁰ LIMA, Getúlio Targino, p. 95.

não a teria, ainda que, sob o aspecto jurídico, a posse ter-se-ia extinguido para o promitente vendedor, que, ainda assim, manteria o poder de fato, o poder físico sobre o imóvel a título precário.

Por outro lado, em decorrência do pactuado no compromisso quitado, logo que o promitente comprador houver sido imitado através da cláusula *constituti*, deverão ser aplicadas ao caso as regras disciplinadoras da tutela possessória, no que for cabível, para a fiel apuração dos direitos que às partes contratantes competem.

Mas a tutela da posse do promitente comprador diante do credor do promitente vendedor tem sentido e relevância pela materialização da posse, pelo seu aspecto corpóreo, como poder de fato efetivo.

2.1.1 Posse efetiva do imóvel compromissado

Uma vez investido na posse efetiva do imóvel prometido à venda, o promitente comprador passa a ter o exercício de um poder, poder esse visto por Marco Aurélio S. VIANNA como uma característica essencial da noção de posse.⁴¹ Segundo esse estudioso, a posse tem como característica fundamental o fato de o possuidor estar vinculado à utilização do bem, o que revela o seu caráter dinâmico, quando não se admite uma atitude passiva por parte daquele que possui. Diante desse elemento distintivo é que se constata que, do ato do promitente comprador possuir e se utilizar da coisa decorre o seu aproveitamento econômico, conforme a sua destinação social.

O dado econômico que informa o conceito moderno de posse revela a sua importância em termos de proteção da posição jurídica do promitente comprador. É especialmente quando através da penhora se impossibilita o aproveitamento da utilidade econômica proporcionada pela posse do imóvel, que ao promitente comprador se deve reconhecer a respectiva proteção.

⁴¹ VIANNA, Marco Aurélio S. Do conceito moderno de posse. *Revista da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 30, n. 28/29, p. 330, maio/out. 1985-1986.

Como a transmissão da posse não constitui cláusula natural do compromisso de compra e venda, ela se apresenta como algo mais acrescentado ao negócio, ensejando, desde já, um resultado econômico que, a princípio, somente seria alcançado com a celebração e o registro da escritura pública de compra e venda. É justamente esse elemento econômico, — uma vez afetado pela penhora —, que o promitente comprador busca livrar através dos embargos de terceiro. Essa é uma das razões pelas quais não se concorda com o modo de pensar de Mário Aguiar MOURA de que:

A própria ostensividade da posse não é bastante “per se” para escudar o compromissário. Há de ter-se em conta a causa, a origem da posse. De sublinhar que a posse direta pode estar com alguém sem que isso represente restrição ao direito de propriedade, como a locação, comodato, guarda de bem etc. Tenho para mim que a proteção do possuidor prevista no § 1º do art. 1.046 do CPC, é exclusivamente quanto à posse em si que está sendo turbada ou esbulhada por ato judicial. Para o caso, o embargante apresenta-se exclusivamente com direito à posse que deve ser tutelada em si. Da mesma forma que o mero possuidor defende a posse da turbção ou esbulho provenientes do particular, através das ações possessórias, igualmente esse mesmo possuidor, para o mesmo fim, manejará embargos de terceiro, quando a posse é molestada por decisão ou ato judicial. Todavia, na hipótese de enfrentar o promissário comprador a constrição judicial, por achar-se municiado de contrato de promessa de compra e venda, o que pretende é ir além da defesa da simples posse. Visa, isto sim, a excluir o imóvel do elenco das garantias patrimoniais que os bens do devedor devem representar para os credores. Não é a simples posse que está em jogo, mas a própria coisa.⁴²

Em realidade, proporcionado o aproveitamento das utilidades do imóvel antecipadamente, à posse do compromissário poderá ser reconhecida tutela de maneira autônoma, conforme o caso, independente do registro do contrato de compromisso e paralelamente ao direito de propriedade do promitente vendedor. Contudo, há vários aspectos a considerar para que essa proteção seja efetivamente possível, um dos quais é a qualificação da posse diante do direito de propriedade do promitente vendedor.

⁴² MOURA, Promessa de compra e venda, p. 370. (sem grifo no original)

O promitente vendedor que, com base em cláusula contratual transferiu a posse ao promitente comprador, tem uma posição passiva em relação ao imóvel, muito embora pelo registro ainda seja o titular formal do domínio.

Se a qualidade de proprietário decorre do registro imobiliário, a posse do compromissário, ao contrário, revela-se e se exterioriza através de atos materiais por ele praticados em relação ao imóvel.

No momento em que o promitente comprador é imitado na posse do imóvel, com base em cláusula contratual, a expressão econômica decorrente da função social⁴³ da propriedade estará em suas mãos, na sua titularidade, ainda que o compromisso de compra e venda não tenha a virtude de lhe transmitir ou transferir, desde logo, a integralidade dos direitos dominiais. De tal maneira, somente com a quitação haverá celebração da escritura pública de compra e venda do imóvel, que será depois registrada na matrícula, em cartório de registro de imóveis da circunscrição imobiliária competente, situação em que finalmente o promitente comprador obterá a titularidade do direito de propriedade. Somente tendo cumprido o contrato, com o pagamento de todas as parcelas em que se divide o preço, é que poderá o compromissário pleitear a adjudicação compulsória do imóvel.

O aproveitamento econômico-social, público e notório, que se manifesta no exercício da posse antecipada do promitente comprador, apresentará, conforme

⁴³ Como pondera Luiz Edson FACHIN, “a função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade, que mesmo sem uso, pode se manter como tal. A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção de reação anti-individualista” (**A função social da posse e a propriedade contemporânea** : uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 19). Sobre esse aspecto da questão é também interessante a ponderação de Jacques Távora ALFONSIN, de que a “função social da propriedade tem, como pressuposto e como fim, ínsita a noção de posse, que tem de haver sempre, uma vez que é possível cogitar da extinção da propriedade, sem que, entretanto, seja possível fazê-lo relativamente à posse. Todas as atividades humanas passam pela posse, daí porque é insuficiente a noção de propriedade privada como função social sem a noção de posse. É somente através da posse que se poderá perquirir se a propriedade cumpre com a sua função social. Por esse motivo, de certa maneira a função social nega a propriedade, havendo evidente contradição entre ambas, e, ao contrário, maior coerência entre posse e função social. Isso basta para demonstrar que a posse é muito mais imprescindível do que a propriedade para suprimir a necessidade de bens de vida pelo homem”. (Sistema de propriedade e reforma urbana. *Revista de Direito Civil*; imobiliário, agrário e empresarial. São Paulo, v. 11, n. 41, p. 94-101, jul./set. 1987.)

o caso, relevância em relação à pretensão de terceiros que, com base no direito de propriedade do promitente vendedor, pretendam a satisfação de seus direitos.

2.2 TEORIAS SUBJETIVA E OBJETIVA NO DESLINDE DA TUTELA DO PROMITENTE COMPRADOR

Estudar a questão da tutela possessória do compromissário implica realizar uma análise prévia, ainda que resumida, das duas principais teorias a respeito da noção e caracterização da posse. A partir delas será possível definir a contribuição de cada qual no estabelecimento dos limites e possibilidades de tutela do promitente comprador imitado na posse do imóvel.

2.2.1 A presença do *animus* da teoria de Savigny

Manuel RODRIGUES leciona que, segundo a teoria savigniana, a posse é um fato, por isso a sua perturbação não pode ser considerada como violação de um direito.⁴⁴ É ato de violência todo aquele que rompe a sua relação com a coisa, com lesão à pessoa do possuidor, motivo pelo qual a tutela da posse busca a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, na probabilidade ou suposição de que o possuidor tem direito a ela. A sua proteção se justifica, então, pela necessidade de defender institutos, que, sem isso, não se poderiam tutelar em toda a plenitude.

Savigny teve o mérito de analisar a posse sem relacioná-la com o direito de propriedade. A sua teoria foi considerada expoente exatamente por conferir independência à noção de posse, relativamente à propriedade. Como instituto não sujeito à concepção de propriedade, de caráter e significado jurídico próprio, a posse foi analisada sem negar que se pode apresentar como um prolongamento do direito de propriedade. O mérito da teoria em apreço está em reconhecer direitos exclusivos e estritos da posse resultantes, direitos esses que, se estiverem configurados na posse do promitente comprador, merecem ter reconhecida uma

⁴⁴ RODRIGUES, Manuel. *A posse : estudo de direito civil português*. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1980. p. 26.

tutela jurídica à parte, independente de qualquer referência à propriedade do promitente vendedor.

No desenvolvimento da teoria subjetiva de Savigny, destacam-se, então, dois componentes. O primeiro, denominado *corpus*, é representado pelo poder físico sobre a coisa. É o elemento material, que consiste no exercício efetivo ou na possibilidade do exercício físico de poderes materiais demonstradores do controle do possuidor sobre o bem, o seu predomínio imediato sobre a coisa, excluindo assim toda a influência estranha.

O segundo componente é o *animus*, elemento psicológico que representa a intenção de ter a coisa como sua, qualidade que revela o propósito de exercer sobre a coisa, como seu titular, o direito real correspondente àqueles poderes materiais.

Para a teoria subjetiva, esses dois elementos, *corpus* e *animus*, não são aptos a caracterizar a posse isolada e independente. É a vontade de possuir para si, segundo Savigny, que dá origem à posse jurídica. Aquele que possui por outro sujeito de direito, para essa teoria, é mero detentor. Essa circunstância explica por que, para a teoria savigniana, o locatário é considerado mero detentor; uma vez que reconhece em outrem, especificamente no locador, a vontade de possuir.

A partir desse pressuposto da teoria subjetiva, é perfeitamente possível questionar se o promitente comprador é titular de uma posse direta diante de uma posse indireta do promitente vencedor. Mas a teoria subjetiva não explica satisfatoriamente a bipartição da posse, já que para a sua existência deve haver no possuidor a mesma vontade que há no proprietário. Em verdade, a teoria subjetiva se apresenta incompatível com a noção de concorrência de posses sobre uma mesma coisa, ou desdobramento da posse, primeiramente porque é impossível haver dois possuidores com *animus domini*, requisito do qual depende a configuração dessa concepção possessória. Por ser impossível haver o *animus* de ser dono na pessoa do locatário, do usufrutuário, do depositário, titulares da posse em função da relação jurídica obrigacional que dá origem ao desdobramento, não há como enquadrá-los como possuidores na perspectiva da teoria subjetiva, aspecto que a torna criticável.

De outro lado, a noção de posse com *animus domini* é inconciliável com o requisito da temporariedade, já que posse com essa qualificação deve ser definitiva.

Para essa doutrina, posse é o poder de dispor fisicamente da coisa, com o ânimo de considerá-la sua e desse modo defendê-la contra a intervenção de terceiros. Por esse motivo é fundamental perquirir a intensidade da vontade de possuir. A partir desse pressuposto empírico possibilitar-se-á verificar a existência do *animus domini* e, conseqüentemente, aferir se de posse efetivamente se pode cogitar.

Consoante as ponderações de Clóvis BEVILÁQUA e de GONDIM NETO, é importante realçar que o *animus domini* do possuidor, ou a intenção de possuir como proprietário, não se confunde com a *opinio domini*, que caracteriza pala convicção que alguém tem ser proprietário, pela crença de ser dono. O *animus domini* se apresenta como posse com a intenção de ter a coisa como própria, quando se possui com a ciência de que não se é titular do direito real correspondente, embora o seu comportamento seja a ele equivalente, revelando-se numa aparência. Para Clóvis BEVILÁQUA, o *animus domini* também não se confunde com o *animus possidendi*, nomeadamente no instante em que a posse é alienada independente da propriedade. Conforme GONDIM NETO, “o *animus possidendi* consiste na intenção de exercer as relações jurídicas indicadas na lei como *causae possessionis*”⁴⁵.

A partir da noção de *animus* é possível distinguir a posse que pode ser causa da propriedade da coisa, nomeadamente aquela que pode levar a usucapião, daquelas outras sem qualificação para configurar a “prescrição aquisitiva”. Na perspectiva da teoria em análise e para o deslinde da proteção possessória do compromissário, percebe-se que é relevante analisar a natureza jurídica da relação obrigacional em virtude da qual se possui e a posição do promitente comprador no desenrolar dessa mesma relação jurídica, de modo que seja possível avaliar ou estabelecer a qualificação do *animus* da sua posse.

⁴⁵ BEVILÁQUA, p. 23; GONDIM NETO, p. 75.

A causa da posse do promitente comprador é originária do contrato compromisso de compra e venda, que tem por finalidade última a transmissão da titularidade do direito de propriedade, o que revela a existência, em tese, do *animus* de possuir a coisa em caráter definitivo desde a sua imissão na posse, como se já fosse sua, embora formalmente ainda não seja o titular do domínio. Por outro lado, ante a possibilidade de inadimplemento de sua parte, com o retorno da posse ao promitente vendedor, não se pode afirmar que tenha a posse de modo concludente. A apreciação da tutela possessória do compromissário deverá necessariamente considerar esses aspectos, que serão aqui oportunamente analisados.

À teoria savigniana contrapõe-se a teoria objetiva de Ihering, cuja contribuição será objeto de estudo a seguir.

2.2.2 Teoria de Ihering e o desdobramento da relação possessória

Ihering concebe a posse de maneira diversa da que fez Savigny. Não baseia a sua concepção em considerações quanto ao *corpus* e ao *animus*. Para Rudolf von IHERING,⁴⁶ a posse é protegida por si, como categoria independente dos elementos *corpus* e *animus*, porque é considerada como manifestação da vontade individual que se realiza sobre as coisas, como fato produtor de interesses próprios que, conseqüentemente, merecem reconhecimento e tutela. Contrariamente ao concebido na teoria de Savigny, a vontade individual é inoperante e indiferente para a caracterização da posse, sendo o *animus* do possuidor irrelevante na definição da relação possessória, uma vez que é a regra jurídica, a norma de direito objetivo, que estabelece e determina se há situação de posse ou detenção.

Se é a norma jurídica que estabelece os casos em que se tem configurada a posse e, conseqüentemente, se há lugar para a sua tutela, pouco importa a qualificação do *animus* do promitente comprador. O elemento subjetivo da posse

⁴⁶ IHERING, Rudolf von. *Teoria simplificada da posse*. Salvador : Progresso, 1957. p. 15.

não será importante para estabelecer os limites e as possibilidades de seu amparo, por isso ela se denomina teoria objetiva.

Há para Ihering uma relação de necessária complementaridade entre a proteção da posse e o amparo da propriedade, na medida que a tutela da posse representa um *plus* no resguardo da propriedade. Se, consoante Ihering, à proteção e à importância da posse não importam considerações a elas estranhas, como o são o *corpus* e o *animus*, sua teoria não explica a posse independente de sua relação com o direito de propriedade, quando posse e propriedade se encontram na titularidade de distintos sujeitos de direito, como é o caso do promitente comprador e do promitente vendedor.

Ihering não desconhece a existência do *corpus* e do *animus*; mas não vê no *corpus* a apreensão da coisa ou a presença do possuidor. O *corpus* é para ele o modo como o proprietário desfruta de fato a sua propriedade, modo esse em que devem estar reunidos os elementos físicos e morais no estado de fato exterior de se utilizar economicamente do bem. A posse, considerada por ele como exteriorização da propriedade, é configurada pela maneira como o proprietário usa normalmente de seu bem, consoante sua destinação econômica. Ela se apresenta no pressuposto de fato da valoração econômica da propriedade, tida como a relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa, exercida com um mínimo de estabilidade, determinada pelo fim da sua utilização.

A proteção da posse, entendida a partir da teoria objetiva como complementação necessária da tutela da propriedade, proporciona uma facilidade na proteção do proprietário, que também acaba por beneficiar aquele que não é titular do domínio. Isso demonstra que, na tutela da posse, ao direito é indiferente a quem pertence a propriedade, o que não lhe retira o caráter de postulado de proteção do domínio como complemento do sistema dominical.

Essa circunstância explica por que, para a teoria objetiva, a posse pode aproveitar àquele que não é proprietário. Desse modo, o mesmo serviço que a posse

presta ao proprietário que possui, ela dispensa àquele que possui e não é titular do domínio ou até mesmo ao possuidor contra o proprietário que não possui.

Muitas vezes a posse coincide com a propriedade, quando o possuidor é também o proprietário. Nessa hipótese, a ação possessória revela a propriedade na defensiva, ao passo que a ação reivindicatória demonstra a propriedade na sua ofensiva, o que faz da posse, nesse contexto, um complemento da propriedade. A proteção possessória proporciona facilidade na proteção da propriedade na medida que, para conseguir a proteção como possuidor, basta demonstrar a posse, o que favorece tanto o proprietário como aquele que não é titular do domínio.

As noções de propriedade e posse não devem ser confundidas, tendo em vista a diferença existente entre petitório e possessório. Via de regra, uma decisão no possessório não prejudicará o petitório⁴⁷, já que é possível ao vencido na primeira prosperar na segunda.

Nos termos da teoria objetiva é possível afirmar que a posse constitui a condição de fato para a utilização econômica da propriedade, pelo que o elemento possuir é indispensável para o exercício e para a conformação do direito de propriedade. A posse não só representa o caminho que dá acesso à propriedade, mas também revela, como antes referido, uma posição defensiva do proprietário.

A partir dessa concepção, percebe-se que a posse, para Ihering, não é senão um fato despido de importância jurídica, que recebe o reflexo da importância jurídica da propriedade para se revelar como exteriorização e como complemento da tutela dominial.

Ihering teve o mérito de conceber e explicar a proteção possessória, no plano do seu desdobramento⁴⁸, em posse direta e indireta, aspecto que Savigny não

⁴⁷ Exceto se houver dúvida quanto a quem está na posse do imóvel — condição essa em que o juiz poderá decidir a favor daquele a quem pertence o domínio — ou, ainda, quando ambos os litigantes postulam a posse com base no título de domínio.

⁴⁸ Em sentido contrário entende Darcy BESSONE, para quem, do ponto de vista de Ihering, não haveria a posse do locador, do nu-proprietário, porque segundo a teoria objetiva, possuidor é aquele que se comporta como proprietário, isto é, aparece exteriormente com uma conduta igual a do proprietário. (*Da Posse*. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 104). Apresenta-se equivocado esse entendimento, uma vez que a locação não deixa de ser uma maneira de o proprietário se utilizar economicamente da coisa, conforme a sua destinação.

solucionou convenientemente justamente por causa da imprescindibilidade do *animus domini* para sua conformação. Essa questão da verticalização da posse é de fundamental importância no deslinde da tutela da posição jurídica do promitente comprador e, por isso, será objeto de consideração mais apurada adiante.

A doutrina de Ihering é, porém, desprovida de preocupação com a dimensão social da posse, porque não concebe a sua lesão como injustiça para com a pessoa, como ocorre em Savigny.

Reconhece Ihering que a posse é indispensável para a utilização econômica da propriedade, do que resulta, para ele, importar a noção de propriedade necessariamente no direito do proprietário à posse. Em realidade, a posse, mais do que a propriedade, é imprescindível para atender a necessidade do homem por bens de vida.

Como aduz Antonio Menezes CORDEIRO, a doutrina de ponta reconhece na posse um valor autônomo em relação à propriedade. Consoante suas palavras:

Não é indiferente do ponto de vista económico-social, a afectação material das coisas corpóreas. A afectação jurídica ou, mais simplesmente, a propriedade ampla traduz esquemas teóricos de senhorio por vezes já longe da realidade. *A posse pelo contrário representa a verdade da relação pessoa-coisa no seu dia-a-dia.* Daí que, subitamente, a Constituição Portuguesa de 1976 lance o tema da posse útil. A propriedade teórica, porque teórica já não satisfaz.

A posse, permitindo uma generalização apropriativa,⁴⁹ desempenhando uma função social autónoma, tende, assim, a ser chamada à ordem do dia.

Percebe-se, então, que posse incorpora uma noção de algo social que não se encontra em propriedade. A utilização das coisas pelo homem é ontologicamente anterior à noção jurídica de domínio, o que explica ser possível cogitar e conceber a existência de posse num sistema jurídico que não reconheça a propriedade privada.

A teoria objetiva de Ihering se apresenta criticável justamente ao considerar a posse exteriorização da propriedade, ainda mais porque a noção de

⁴⁹ CORDEIRO, Antonio Menezes. *Direitos reais*. Lisboa : Lex Edições Jurídicas, 1993. p. 609.

propriedade pressupõe a existência de um sistema jurídico, de uma estrutura social, econômica e política organizada, o que não é necessário em termos de posse efetiva.

Na propriedade, a sua exteriorização concreta não é, via de regra, condição de existência, não é atributo seu, já que ela decorre do registro que, através da matrícula, favorece a publicidade necessária a toda comunidade. Há uma prioridade lógica entre a noção de posse e a noção de propriedade.

É exatamente a partir do instante da separação da posse e da propriedade que passam a surgir as diferenças. Algumas delas se manifestam na tutela da posse do compromissário em face do direito de propriedade do promitente vendedor. No caso em análise, o conflito surge, então, entre o possuidor que ainda não é proprietário (promitente comprador), e o proprietário que não tem a posse (promitente vendedor), assim como entre o promitente comprador (titular da posse) e o terceiro (credor) com pretensão de obter no patrimônio do proprietário a satisfação dos seus créditos.

Confirma-se, diante do exposto, que as relações de propriedade e de posse são diferentes porque os seus elementos têm importância desigual nos efeitos, atribuídos pelo ordenamento a cada uma.

Quando o direito de propriedade e a posse se encontram na mesma titularidade, esta última significa simplesmente a manifestação de uma situação de poder correspondente ao exercício do direito de propriedade. Nesse caso, a posse não é valorada como situação de fato, autônoma e independente, mas como manifestação de um poder que forma parte do conteúdo do direito proprietário, simbolizando uma faculdade. No âmbito da relação de propriedade, a posse não tem, como poder de fato, uma representatividade autônoma.

Por outro lado, ao se separarem na titularidade de sujeitos de direito distintos, passa a ter maior importância o juízo de valor que o ordenamento jurídico reconhece à posse, ao protegê-la por si mesma. Exemplo disso é o fato de que nos interditos possessórios não se questiona se há o direito de possuir, mas se há ou não

posse. E a posse, como e enquanto fato, produz efeitos jurídicos próprios, independente de se alicerçar no domínio da coisa ou em direito real a ela relativo.

Se, para a teoria objetiva, a posse é o poder de fato, e a propriedade o poder de direito sobre a coisa, ambos os institutos podem estar reunidos no proprietário, como podem, também, estar separados, nomeadamente quando o proprietário transfere a outrem a posse, reservando para si a propriedade, ou quando a posse lhe é retirada contra a sua vontade, configurando-se o esbulho. O proprietário, privado da posse, encontra-se paralisado no que diz respeito à sua utilização econômica, revelando que a noção de propriedade implica necessariamente o direito do proprietário à posse, como antes referido.

Conforme Antonio HERNÁNDEZ GIL, a teoria objetiva não explica satisfatoriamente se a posse é tão-somente exteriorização da propriedade, até porque considerar a posse sob essa ótica é desconsiderar a sua prioridade histórica em relação à propriedade.⁵⁰ Igualmente não esclarece se, na propriedade, essa exteriorização se impõe como algo constitutivo na sua essência, porquanto, em verdade, conforme leciona o Professor Luiz Edson FACHIN, a posse não é somente o conteúdo do direito de propriedade, “mas principalmente, a sua causa, sua força geradora, sua necessidade, sendo fundamental até mesmo para a sua própria manutenção”⁵¹.

A partir das considerações anteriores releva verificar, diante da possibilidade de tutela da posse do promitente comprador, em qual das teorias anteriormente expostas ela encontra maior consonância, nomeadamente ao ser turbada ou esbulhada em decorrência de uma determinação ou de um ato do órgão jurisdicional, atuante diante da provocação de terceiros, que buscam a satisfação de seus interesses no patrimônio do promitente vendedor.

⁵⁰ HERNANDEZ GIL, Antonio. *La función social de la posesión*. Madrid : Alianza, 1969. p. 22- 25.

⁵¹ FACHIN, A função social da posse..., p. 13.

2.2.3 Importância do elemento subjetivo na base da tutela possessória

Das duas teses antes referidas, que procuraram explicar o fenômeno possessório, aquela que através de seus elementos prepondera na fundamentação da definição dos limites e das possibilidades de tutela possessória do promitente comprador é a teoria subjetiva de Savigny.

Se, em Ihering, a posse se apresenta muito mais voltada para a perspectiva do proprietário-possuidor na obstinação da luta pela defesa do domínio, em Savigny, a posse se revela como o gozo e a utilização dos bens com significação e validade jurídica fora dos quadros do direito de propriedade.

O poder do possuidor promitente comprador se exerce sobre a coisa para revelar um significado “extradomínial”, um estado de fato protegido por razões de paz social, sem cogitar de qualquer titularidade da propriedade, em que o *animus* desempenha o papel de elemento estrutural. O *animus*, como base da proteção e da tutela possessória do compromissário, é circunstância fundamental no deslinde da definição dos seus limites e possibilidades, por isso será objeto de considerações adiante.

O elemento subjetivo da teoria de Savigny acabou por frustrar a concepção autônoma de posse em relação à propriedade, especialmente ao reconhecer a existência da posse derivada, que se apoiaria na posse originária de outro possuidor, qual seja, na posse do proprietário. Essa particularidade da teoria subjetiva não explica satisfatoriamente a qualidade de possuidor de quem não tem o *animus* de proprietário, como, por exemplo, o locatário. O desdobramento da relação possessória foi, então, o argumento utilizado algumas vezes para justificar a negação da sua proteção ao promitente comprador.⁵²

⁵² Essa assertiva pode ser comprovada pela análise dos votos do Ministro Moreira ALVES, proferidos em casos relativos à matéria, especialmente no julgamento do Recurso Extraordinário 91.793-MG (v. Anexo p. 142), assim como na sua obra *Posse : estudo dogmático* (2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991. v. 2, t. 1, p. 426-427).

2.2.4 Aparência da propriedade na posse efetiva

Embora tenha o Código Civil Brasileiro consagrado preponderantemente⁵³ a teoria objetiva, no seu artigo 485,⁵⁴ ao estabelecer que possuidor é todo aquele que tem, de fato, o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade, a base, o fundamento da tutela possessória⁵⁵ do compromissário é, ainda assim, o elemento subjetivo da teoria de Savigny.

A orientação de que a posse deve ser entendida como a exteriorização da propriedade é questionável pelas razões anteriormente expostas, uma vez que, como manifestação da propriedade, somente seria possível se o direito de propriedade lhe fosse anterior, pois primeiramente o homem se apossou dos bens para, posteriormente, através de um processo lógico de abstração, instituir a noção de propriedade.

A assertiva “a posse é a exteriorização do direito de propriedade” deve ser analisada nos termos de como a posse é concebida. Nesse sentido, Renan Falcão de AZEVEDO subdivide três possíveis modos de se apresentar a relação possessória.⁵⁶ Segundo ele, a primeira das concepções possíveis de posse é a que se manifesta juntamente com o direito de propriedade, como no caso do possuidor proprietário. A segunda é aquela em que a posse aparece paralelamente ao direito de propriedade, como na posse direta do usufrutuário e o domínio útil do nu proprietário — possuidor indireto. A terceira e última modalidade é encenada pela posse que se

⁵³ Tem esse sentido a consideração de Luiz Edson FACHIN, ao referir-se ao Código Civil em vigor: “Conferiu o Código posição proeminente à posse, cuja inspiração ao projetista foi confessadamente a teoria objetiva de Ihering, situando-a, destarte, antes da propriedade, mas configurando-a como o exercício de alguns dos poderes inerentes ao domínio, fiel à idéia desta (a posse) enquanto visibilidade daquele (o domínio)” (O regime jurídico da propriedade no Brasil contemporâneo e o desenvolvimento econômico-social. Separata de: *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, n° 21, p. 2, 1993).

⁵⁴ “Art. 485. Considera-se possuidor todo aquele, que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade.”

⁵⁵ Para GONDIM NETO, rigorosamente não há unidade doutrinária acerca de qual teoria (de Ihering ou de Savigny) foi adotada pelo nosso Código Civil, muito embora o próprio autor do projeto, Clóvis Beviláqua, afirme a consagração da doutrina de Ihering (p. 149).

⁵⁶ AZEVEDO, Renan Falcão de. *Posse : efeitos e proteção*. 3. ed. Caxias do Sul : EDUCS, 1993. p. 35.

opõe ao domínio do proprietário, como ocorre na usucapião, em que o titular do domínio o perde face ao reconhecimento da posse continuada de outrem.

Dessas três concepções, somente pode ser aceita como exteriorização do direito de propriedade aquela em que o possuidor é simultaneamente o proprietário do bem. A posse do proprietário pode ser considerada um sinal exterior do direito de propriedade, porque representa um dos modos pelos quais se exerce o domínio. Nas demais hipóteses, não há como sustentar que a proteção possessória se justifica como exteriorização e complemento necessário da proteção da propriedade, porque posse e propriedade se encontram em sujeitos de direito distintos.

Dessa maneira, é perfeitamente admissível que o inquilino, ao ocupar um imóvel na qualidade de possuidor direto, pode induzir outros sujeitos de direito a considerarem-no proprietário do bem, quando isso não corresponde à realidade. Em verdade, não há exteriorização da propriedade através da posse. O que pode ocorrer é que o inquilino, ou o possuidor, tenha a aparência de proprietário, mesmo que reconheça em outrem, no locador, a titularidade do domínio.⁵⁷

Essa circunstância também ocorre nas hipóteses de ocupação, ao acontecer que alguém com a intenção de dono, sem reconhecer a titularidade do domínio em outrem e sem a sua oposição ou impedimento, instala-se em um imóvel com o objetivo de ali permanecer por um período indeterminado, fixando moradia, a tal ponto de se poder configurar a aquisição da propriedade pela usucapião.

⁵⁷ Conforme Luiz Fabiano CORRÊA, na sua tese de doutoramento **Aparência de direito em matéria patrimonial...** (São Paulo, 1989. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. p. 2 e ss.), aparência "é a imagem que apresentam as coisas a quem externamente as contempla. Às vezes corresponde à realidade; outras, é irreal, ilusória. Aparência de direito enuncia a aparência de titularidade de um direito subjetivo, em que, na verdade, não é sujeito quem parece ser. A aparência seria nada mais do que a legitimação ao titular aparente. Seria a ostentação de um direito que de fato não se tem, como o do credor e o do falso proprietário. Essa mesma aparência decorre, por vezes, de investidura formal, correspondente à forma de publicidade de um direito, sem que exista, contudo, esse mesmo direito na sua realidade material. Portanto, embora a aparência seja uma distorção da realidade jurídica que leva à falsa idéia de um direito ou de um poder jurídico, a sua causa não pode ser simples quimera, fantasia de quem a invoca para buscar a proteção da ordem jurídica". Cita o autor o exemplo do registro imobiliário, do qual resulta a presunção de titularidade do direito registrado, que pode não exprimir a verdade, conforme prevê o art. 860 do Código Civil c/c art. 212 da Lei de Registros Públicos. Nesse caso, haverá manifestação externa do direito, destoante do seu real conteúdo, que produz a aparência do direito.

Na perspectiva do promitente comprador, há uma posse — a qual conforme o caso merecerá proteção — que não exterioriza a propriedade do promitente vendedor, porque aquele que está a possuí-la não é titular do domínio. Se é verdade que a posse do compromissário não exterioriza a propriedade, ela se revela, entretanto, como sua aparência.

Procede, por conseguinte, a ponderação de Renan Falcão de AZEVEDO, ao afirmar que a posse é exteriorização da propriedade, quando com ela coexista o domínio; isso não ocorrendo, o que se tem é mera aparência.⁵⁸ É o caso do promitente comprador, em que essa aparência é ainda mais realçada pela qualificação do *animus* com que possui.

Enquanto aparência do direito de propriedade, é possível afirmar que a posse pode proporcionar em relação a terceiros uma distorção da realidade jurídica. Pode levá-los a ter a falsa idéia de efetiva existência do domínio por parte daquele que possui, hipótese em que é responsável por essa ilusão um fato real, objetivo e concreto: o fato de possuir, que pode haver ou não intenção de dono.

Não há como negar que a aparência da titularidade do direito de propriedade pode ser uma manifestação da realidade possessória, circunstância que se apresenta na posse do promitente comprador, realçada em função do *animus* com que ele possui, particularidade que pode proporcionar em terceiros a ilusão de que já é o proprietário.

2.3 CARACTERÍSTICAS DA POSSE DO PROMITENTE COMPRADOR COMO FATO E DIREITO

Conforme José de Oliveira ASCENSÃO, o exercício de fato de poderes sobre a coisa pode até não se verificar na posse, eis que pode haver posse desacompanhada de uma situação de fato, o que faz ceder a teoria subjetiva de Savigny. Para utilizar as palavras do referido autor, “a situação jurídica posse,

⁵⁸ AZEVEDO, Renan Falcão de. p. 35.

quaisquer que sejam as vicissitudes que posteriormente achesse, *tem sempre na sua origem uma relação de facto* de uma pessoa e de uma coisa. Pode subsistir, nos termos indicados, sem essa situação; mas não se constitui sem ela”⁵⁹. Diante disso, segundo o mesmo autor, o *corpus* e o *animus* não podem ser considerados elementos da posse, mas pressupostos dela, essenciais numa fase inicial que podem não manifestar-se conforme a situação.

Como condição ou meio de utilização econômica da coisa, a posse apresenta relevância na tutela da posição jurídica do promitente comprador como relação de fato e de direito. Há interesse por parte do promitente comprador em possuir antecipadamente o imóvel, de modo que se beneficie da utilização econômica por ele proporcionada. Esse seu “interesse” confere à posse um componente formal que envolve a sua proteção jurídica e, conseqüentemente, todas as características de um direito.

Se não estivesse juridicamente tutelada, a posse do promitente comprador não seria mais do que mera relação de fato, um poder sobre a coisa. A partir do instante em que é tutelada, reveste-se do caráter de juridicidade e, com isso, deve ser reconhecida como um direito.

Tal situação ocorre em relação a todos os outros fatos ao apresentarem conseqüências para o direito, em que a lei, ao discipliná-los, garante ao interessado determinada tutela instrumentalizada por meio de uma ação.

Na posse, a continuidade, a permanência e a manutenção da relação de poder de fato sobre a coisa são condições necessárias, indispensáveis e permanentes para o exercício do direito à sua proteção, daí o seu caráter dinâmico antes referido. É perfeitamente possível o fato e o direito se complementarem na posse. E esta, uma vez reconhecida pela lei como um interesse que exige e merece proteção, não pode ter como negativa a sua natureza de direito.

⁵⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil : reais*. 5. ed. Coimbra : Coimbra. 1993. p. 104-105.

Se a causa determinante da posse é um fato — o exercício de um poder — que não se fundamenta necessariamente em um direito, mas no mero reconhecimento pela ordem jurídica, em atenção à paz social, da necessidade de protegê-la como um poder independente do direito de propriedade ou de outros direitos reais, não há como negar-lhe, pelos fundamentos da teoria subjetiva, a natureza dúplice de fato e de direito, simultânea e concomitantemente.

Se, de acordo com a teoria objetiva de Ihering, a posse representa o modo pelo qual a propriedade se realiza, porque em geral o possuidor da coisa é simultaneamente seu proprietário e vice-versa, parece inútil estabelecer uma distinção entre ambas.

Quando a posse se encontra integrada como uma faculdade no âmbito do poder de domínio ou de outro direito real, ela é designada pelo termo *ius possidendi*, que exprime uma situação de poder como parte integrante do conteúdo do direito de propriedade ou de outros direitos reais.

O *ius possessionis*, por sua vez, como direito fundado no fato da posse, caracteriza-se pela ausência da titularidade da propriedade ou de qualquer outro direito real pelo possuidor.

Verifica-se, então, uma diferença entre posse como parte integrante de um direito, *ius possidendi*, e posse como fato ou relação jurídica distinta da relação dominial, *ius possessionis*.

Desse modo, nas relações possessórias, o poder de dominação dos bens não implica necessariamente a existência de um título ou de direito a favor do sujeito. O ordenamento jurídico protege a situação do poder de fato, que consiste na relação de posse com independência, exista ou não um título a legitimar o exercício desse poder.

Nas relações de propriedade, a situação de poder sobre os bens supõe a existência de um título ou direito que legitima o exercício do poder. Se o direito é de propriedade em sentido estrito, propriedade plena, ele confere ao titular todo o conteúdo de poder, que permite a natureza da coisa sobre a qual recai. Ao contrário,

se se trata de um direito em coisa alheia, o titular terá o seu poder limitado naquilo em que se reduziu o poder pleno do titular do domínio.

Quando posse e propriedade se encontram no mesmo sujeito de direito, aquela carece de um significado especial e autônomo. A posse pode ser considerada como expressão ou consequência de um direito que a contém ou a legitima, especialmente quando o possuidor é titular desse direito, seja ele de natureza real ou obrigacional, como o do usufrutuário e o do locatário, respectivamente.

Resumidamente expostas as teorias objetiva e subjetiva, e estabelecida a natureza jurídica da posse do promitente comprador como fato e direito, é indispensável fazer-se uma breve análise dos seus demais elementos característicos e qualificadores. Através desses componentes será possível definir os limites e possibilidades de sua proteção, em face da pretensão de terceiros, que buscam a satisfação de seus créditos na propriedade do promitente vendedor, com o sacrifício da posse do promitente comprador.

2.3.1 Posse justa, titulada e de boa-fé

A posse do promitente comprador se apresenta, em geral, como de boa-fé, titulada e justa, aspectos esses que serão considerados a seguir.

A investidura do compromissário na posse do imóvel prometido à venda, através do instrumento de contrato de compromisso, confere à posse um título, porque ela deriva de uma relação jurídica obrigacional, que a fundamenta e lhe serve de causa jurídica, qualificando-a, também, como posse justa. Por isso não poderá haver reintegração de posse do promitente vendedor, independente da resolução do contrato de compromisso de compra e venda, na hipótese de o promitente comprador deixar de pagar as prestações. Não se pode pretender transformar a ação de reintegração de posse, ação possessória especial, em ação de resolução ou rescisão por inadimplemento, como bem salienta Pontes de MIRANDA.⁶⁰ É indispensável,

⁶⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976. p. 125. t. 4. Ações mandamentais.

portanto, que o negócio jurídico⁶¹ que dá origem à posse seja distratado ou resolvido através de sentença.⁶²

Como esclarece Mário Júlio de Almeida COSTA, é posse titulada porque se estabelece com base em um modo legítimo de adquirir, independente do direito do transmitente ou da validade substancial do negócio jurídico.⁶³ Caberá ao compromissário fazer a prova do seu título, especificamente através da cláusula contratual em função da qual se lhe transferiu a posse, uma vez que o título não se presume.

Em geral a posse do compromissário é também de boa-fé, assim entendida aquela forma de possuir que designa atitude de ignorância ou de desconhecimento, por parte do possuidor, de alguma situação de poder injusta ou indevida e, assim, contrária ao direito. O Código Civil em seu artigo 490 expressamente estabelece que se considera de boa-fé o possuidor que ignora o vício ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa ou do direito possuído. “A qualidade da boa-fé deriva de um estado de subjetividade correspondente ao desconhecimento de qualquer dos vícios da posse, do que decorre a existência de defeito ou um obstáculo impeditivo de aquisição, de óbice ao estabelecimento da relação possessória, aliada à ignorância desse elemento material impeditivo.

⁶¹ Conforme Manuel A. Domingues de ANDRADE, negócio jurídico é “um facto voluntário lícito cujo núcleo essencial é constituído por uma ou várias declarações de vontade privada, tendo em vista a produção de certos efeitos práticos ou empíricos, predominantemente de natureza patrimonial (económica), com ânimo de que tais efeitos sejam tutelados pelo direito — isto é, obtenham a sanção da ordem jurídica — e a que a lei atribui efeitos jurídicos correspondentes, determinados, *grossa modo*, em conformidade com a intenção do declarante ou declarantes (autores ou sujeitos do negócio)”. (Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico. Coimbra : Almedina, 1992, v. 2, p. 1).

⁶² Essa orientação foi acolhida no julgamento da Apelação Cível 12.332-SC (v. Anexo, p. 139), que foi objeto de comentário por Luiz Edson FACHIN (Reivindicação. Posse justa. Admissibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 277-283, abr./jun. 1984). A íntegra do acórdão está no anexo, à página 139.

⁶³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções de direito civil*. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1991. p. 409.

⁶⁴ “Art. 490. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído. Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.”

O fato de ser considerada de boa-fé a posse em que o possuidor desconhece completamente as circunstâncias que a podem macular, demonstra que ela pode ser violenta⁶⁵, clandestina⁶⁶ ou precária⁶⁷ e, ainda assim, ser considerada de boa-fé. A posse de boa-fé diferencia-se da posse justa exatamente porque esta se encontra isenta de vícios, ao passo que aquela, mesmo de boa-fé, pode ser defeituosa.

A caracterização da boa ou má-fé decorre da ignorância do defeito do título ou do direito que ampara o possuidor em situação de conflito com outro titular legítimo. A boa ou má-fé apresenta especial relevância quanto aos frutos percebidos, quanto às despesas com a conservação do bem que permitem o exercício do direito de retenção e a responsabilidade pela deterioração da coisa, dentre outras conseqüências. Ela tem especial importância relativamente ao compromisso de compra e venda, quando da constatação de fraude, como aquelas de execução e contra credores, matéria que, por sua importância, será analisada em capítulo próprio.

2.3.2 Qualificação da posse a partir da natureza jurídica do título

Através do compromisso de compra e venda celebrado por instrumento público ou particular, o compromissário obriga-se a pagar a integralidade do preço pactuado, e o compromitente obriga-se a outorgar, uma vez quitadas todas as parcelas, a escritura pública de compra e venda. Somente através do registro da escritura pública de compra e venda, na matrícula do imóvel, ocorrerá a transferência do direito de propriedade ao comprador. Consoante já exposto, a entrega da posse do imóvel ao promitente comprador não é efeito do compromisso — que tem por objeto uma obrigação de prestação de fazer, qual seja, a de celebrar a

⁶⁵ Posse violenta é a obtida pela força ou violência no início do seu exercício.

⁶⁶ Posse clandestina é a obtida às escondidas, com subterfúgios, manhas e ardis. Para tanto, basta que o possuidor esbulhado não o saiba. Ela se estabelece às ocultas em relação a quem tem interesse em preservá-la.

⁶⁷ Na posse precária, o possuidor geralmente se compromete a devolver a coisa. Há obrigação de sua devolução, uma vez que ela é entregue ao agente com base na confiança.

escritura pública de compra e venda. O direito de propriedade do imóvel comprometido à venda não se transfere desde logo ao compromissário, conforme as ponderações de Altino Portugal Soares PEREIRA:

Para nós só terá domínio quem for portador de uma escritura de compra e venda, devidamente transcrita no Registro Imobiliário e não o portador de uma escritura de promessa, posto que averbada ou inscrita no mesmo Registro. Assim, enquanto não houver a escritura voluntária ou a adjudicação compulsória do imóvel e a necessária transcrição, este restará no patrimônio do promitente vendedor, tendo o promitente comprador apenas uma prioridade para sua aquisição.⁶⁸

Das considerações desse autor, convém desvendar a natureza jurídica do compromisso de compra e venda, diante do fato de que alguns autores o consideram como contrato preliminar e outros como contrato definitivo, controvérsia já referida no início do presente capítulo.

A definição da natureza jurídica desse contrato poderá contribuir na perquirição da definitividade ou não, com que se transfere ao promitente comprador a posse do imóvel por ocasião da celebração do compromisso. Auxiliará a definir se o negócio jurídico que motivou a transferência da posse tem ou não a mesma característica da compra e venda ou, ao contrário, os mesmos elementos caracterizadores das hipóteses de bipartição da posse — como na locação, no usufruto e no penhor.

Através do contrato preliminar, ao que se visa é a conclusão de um contrato definitivo. Assim sendo, o compromisso seria o meio pelo qual as partes contratantes se comprometem a celebrar posteriormente o contrato principal, a escritura pública de compra e venda, estabelecendo, por antecipação, os elementos subjetivos e objetivos do contrato definitivo.

Embora o contrato preliminar tenha por meta a celebração posterior de um contrato decisivo, essa circunstância não lhe retira a autonomia⁶⁹, porquanto seu

⁶⁸ PEREIRA, Altino Portugal Soares. *A promessa de compra e venda de imóveis no direito brasileiro*. Curitiba : Senai, 1957. p. 63.

⁶⁹ É interessante a seguinte observação de BESSONE: “O contrato preliminar, adverte Coviello, não é, em relação ao definitivo, um *minus*, em face de um *maius*. Já se acha ultrapassada a fase em que foi considerado uma figura intermédia, situada entre o *tractatus* e o contrato definitivo, vale dizer, um ato preparatório, próprio da elaboração do

objeto é a celebração futura, consistente em nova declaração de vontade para a constituição do contrato terminativo. Passa, por conseguinte, a ser fonte de obrigações, notadamente ao não terem as partes, ainda, condições de pactuar desde logo o contrato definitivo. Haverá o surgimento de obrigação de fazer subordinada à declaração de vontade posterior, que, não cumprida pelo devedor, conforme estejam presentes os requisitos indispensáveis, dará ensejo à adjudicação compulsória ou à indenização por perdas e danos.

O compromisso tem por função vincular as partes à conclusão de um contrato próximo, cujo objeto não será o contrato a realizar, mas a própria celebração do contrato prometido. O pacto preliminar se caracteriza pelo fato de ter por objeto a celebração de um contrato definitivo, cuja concretização fica transferida para um momento no futuro.

É relevante ter presente que a responsabilidade pela inexecução de um compromisso de contratar se diferencia da responsabilidade por inexecução de negociações preparatórias da celebração de um contrato, quando ela será extracontratual.⁷⁰

Com o contrato preliminar, as partes deliberam sobre os pontos essenciais do contrato definitivo, simplificando os entendimentos negociais do momento da celebração desse último. Para Mário Aguiar MOURA, a promessa ou o compromisso de compra e venda é contrato preliminar, cujo objeto é a contratação futura, qual seja a celebração do contrato terminativo, no caso, em análise, a

contrato definitivo. É agora contrato autônomo". (*Da compra e venda*, p. 69-70.) Diversamente, Clóvis do Couto e SILVA não vê no pré-contrato uma categoria autônoma, separada do negócio de adimplemento, no caso a promessa de compra e venda e a compra e venda propriamente dita. Conforme esse jurista, "separar o pré-contrato do contrato definitivo seria impor corte inexistente no desenvolvimento do vínculo obrigacional, desnaturando a declaração de vontade nele inserta e que lhe fixa a categoria jurídica". Argumenta que nas obrigações de fazer, como na promessa de compra e venda, a autonomia que se verifica entre o pré-contrato e o contrato definitivo é a mesma que ocorre entre a obrigação e a sua prestação, razão pela qual o negócio jurídico definitivo — a celebração da escritura pública de compra e venda — é a prestação que satisfaz a obrigação de fazer pactuada no compromisso, razão por que não há cogitar de autonomia. No pré-contrato as partes se terão obrigado a emitir declaração de vontade, a celebrar o negócio jurídico nele mencionado. (*A obrigação como processo*. São Paulo : J. Bushatsky, 1976. p. 158).

⁷⁰ Sobre o tema, vide a obra de Mário Júlio de Almeida COSTA, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato* (Coimbra : Coimbra, 1984).

escritura pública de compra e venda.” Para esse estudioso, o fato de poder a vontade do promitente vendedor ser substituída por sentença judicial que produza os efeitos do contrato definitivo através do processo de conhecimento, bem demonstra e torna evidente não tratar-se de um direito definitivo, porquanto não é bastante para desencadear a transmissão da propriedade, apenas origina um processo de transferência do domínio. Diz esse autor:

De outra parte, embora haja opiniões ponderáveis que pretendem nivelar a promessa de compra e venda com a compra e venda, a orientação dominante é que, segundo a sistemática nacional, isso não é possível. Sempre se faz necessário um ato posterior à promessa para que surja o título hábil à transferência do domínio do promitente vendedor para o promissário comprador: a escritura definitiva ou a sentença de adjudicação compulsória, e que equivalha ao contrato definitivo. É certo que com o promitente vendedor, depois de quitado o contrato promessa, resta uma expressão tênue da propriedade, um elemento apenas residual, mas que em qualquer caso, permanece com ele. A propriedade só se consolida na pessoa do promissário a partir da outorga do título definitivo e seu registro no Cartório Imobiliário.⁷²

Mesmo não acolhendo a equivalência do compromisso de compra e venda à compra e venda, Mário Aguiar MOURA reconhece que é possível aplicar ao compromisso, “desde que respeitados critérios racionais e de lógica jurídica”, muitos institutos inerentes à venda definitiva. Nessa linha de raciocínio, há quem entenda que o compromisso de compra e venda mais se caracteriza como espécie do gênero compra e venda do que como contrato preliminar, uma vez que, o procurado, em geral, pelo compromitente, é a garantia do pagamento integral.⁷³

Para Orlando GOMES, o compromisso se distingue do contrato preliminar por traços inconfundíveis e virtudes próprias, ou seja, o compromisso apresenta todos os elementos do contrato de compra e venda, porém, por questões de oportunidade e conveniência, não se efetiva imediatamente pela forma prescrita

⁷¹ MOURA, Mário Aguiar. *Promessa de compra e venda*, p. 41.

⁷² MOURA, Mário Aguiar. *Promessa de compra e venda*, p. 306-308.

⁷³ Como observa João de Matos Antunes VARELA, o compromisso de compra e venda é, realmente, do ponto de vista econômico, um negócio jurídico de garantia, ou de segurança para o promitente vendedor. Não o é sob o aspecto jurídico, em que se destacam os direitos reais de garantia, como a alienação fiduciária em garantia, a hipoteca, a anticrese. (*Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra : Almedina, 1993. v. 1. p. 311).

em lei, mas confere ao compromissário o direito à adjudicação compulsória, uma vez quitado o preço.⁷⁴

Observação semelhante fez José Osório de AZEVEDO JUNIOR, para quem o compromisso de compra e venda se apresenta como modalidade de compra e venda, contrato definitivo de eficácia imediata, acompanhado da promessa de reproduzir o consentimento, e não de produzi-lo novamente ou manifestar nova declaração de vontade, distinta da anteriormente emitida, mas apenas a reiterá-lo quando da escritura de venda e compra.⁷⁵

Para outros, como Gisela ZILSCH, só será passível de execução o compromisso irrevogável⁷⁶ e irretratável⁷⁷, em que o arrependimento seja impossível, o qual, desse modo, deve ser encarado como contrato definitivo, não necessitando de outra avença para tornar-se exequível.⁷⁸ Para dizer melhor, se a avença comporta execução independente de nova manifestação de vontade do promitente vendedor, é, segundo essa autora, contrato definitivo, porque a vontade de qualquer dos contratantes não poderá ser revogada ou retratada. Esse mesmo posicionamento é acompanhado por José Serpa de SANTA MARIA e Geraldo Sobral FERREIRA, entendendo este último que o compromisso de compra e venda não se confunde

⁷⁴ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro : Forense, 1990. p. 307-308.

⁷⁵ AZEVEDO JUNIOR., *Compromisso de compra e venda*, p. 19-27.

⁷⁶ Irrevogável é o que não se pode revogar ou desfazer, que não permite modificação. A irrevogabilidade é a qualidade que apresentam determinados atos jurídicos não passíveis de mudança. Expressa uma vontade definitiva.

⁷⁷ O termo “irretratável” designa aquilo que não pode ser revogado ou desfeito por ato posterior. Em geral a expressão é utilizada para designar o ato jurídico perfeito, realizado de acordo com todas as regras, que já não pode ser alterado, suspenso ou desfeito. A irretratabilidade é, portanto, o caráter especial de certos atos jurídicos que, em razão de disposição legal ou de acordo de vontades, não são passíveis de revogação ou desfazimento pela simples vontade dos participantes. A irretratabilidade é geral, não parte da vontade de uma pessoa, mas decorre de determinação legal, quando declara a perfeição, conclusão ou o caráter definitivo do ato jurídico. (De Plácido e SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro : Forense, 1995. p. 523-524).

⁷⁸ ZILSCH, Gisela. *Compromisso de compra e venda*. *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo, v 12, p. 170, abr./jun. 1980.

com promessa bilateral de venda, porque o compromisso é irretratável, não podendo ser considerado contrato preliminar.”

Sobre a natureza jurídica do compromisso, SANTA MARIA articula:

Estende-se este direito, um pouco mais para além da posse, a invadir o domínio sem afetar a sua essência, como a expressar um domínio eminente e imanente na posse, posto que com ela acoplado, tendo maior dimensão que a de usufruição, mas que por outro não se identifica com o domínio útil da enfiteuse. É assemelhado ao domínio útil, mantendo apenas manifesta analogia, porquanto o compromisso, é como definiu ORLANDO GOMES, há pouco citado, um “proprietário em potência”. Na sua posse, como que repousa a potencialidade do domínio expectante.

É um domínio paralelo, colateral que bem podemos indicar para melhor compreensão, como paradominial. É — paradominialidade porque todo o possuidor converge para o domínio “substância” (nua propriedade), na iminência de ser absorvido⁸⁰ pela nova titularidade emergente do compromissário-sucessor.

Waldyr GRISARD FILHO também entende que, conforme a modalidade e os efeitos do que foi pactuado no compromisso de compra e venda, ter-se-á um contrato preliminar ou um contrato espécie do gênero compra e venda, e os diferencia pela concreta possibilidade de execução específica, nomeadamente através da ação de adjudicação compulsória. Desse modo, haverá contrato definitivo desde que seja possível substituí-lo por uma sentença.⁸¹

Falar de execução específica do contrato de compromisso de compra e venda leva a falar na sua irrevogabilidade e irretratabilidade. Considerando o princípio *pacta sunt servanda*, segundo o qual as partes devem cumprir fielmente

⁷⁹ Entende Sobral FERREIRA que o compromisso de compra e venda não é um contrato preliminar, mas definitivo, e tem por finalidade a transferência de bens imóveis, loteados ou não. É motivado pela necessidade de adiamento da transferência da propriedade até o pagamento integral do preço. Por força de lei é irretratável, razão por que admite adjudicação compulsória, conforme dispositivos legais aplicáveis, circunstância que exige plena capacidade do contratante, assim como a outorga uxória; é passível de registro para configurar-se como obrigação com eficácia real. Diferencia-se da promessa bilateral de venda — contrato autônomo e preliminar — cujo objeto é a celebração do contrato definitivo de compra e venda, que não comporta execução específica; o inadimplemento implica o dever de indenizar; geralmente são pactuadas arras penitenciais; as partes admitem a faculdade de arrependimento, pelo que se aplica o art. 1.088 do Código Civil, e, no seu entender, independe de outorga uxória (Promessa bilateral de venda e compromisso de compra e venda. *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 141, jan./mar. 1979). SANTA MARIA, José Serpa de. *Direitos reais limitados*. Brasília: Brasília Jurídica, 1993. p.161.

⁸⁰ SANTA MARIA, *Direitos reais limitados*, p. 192-193.

⁸¹ GRISARD FILHO, Waldyr. *Contrato preliminar e compromisso de compra e venda: doutrina, prática e jurisprudência*. Curitiba: JM & MPA, 1993. p. 24.

com as obrigações estipuladas, a cláusula de arrependimento se apresenta como uma anormalidade, porquanto enfraquece o vínculo contratual. Os contratos são, em geral, irretratáveis e irrevogáveis, por isso uma disposição contratual em sentido contrário é anômala, excepcional. A revogabilidade ou retratabilidade não se confunde com a cláusula resolutiva expressa, ou pacto comissório⁸², cuja justificativa está no inadimplemento de qualquer das partes contratantes.

A irretratabilidade do compromisso de compra e venda caracteriza-se pela ausência de possibilidade do exercício do direito de desistência do negócio. Isso significa que deve ser expressamente convencionada, exceto se, por força de dispositivo legal, for proibido o arrependimento, como o foi pelo Decreto-Lei 58, de 10.12.1937, em que conforme o artigo 22, o arrependimento somente é possível nas promessas de compra e venda de imóveis não loteados, tornando defeso às partes pactuar o contrário relativamente a imóveis loteados.⁸³

A partir da consagração no Supremo Tribunal Federal da inadmissibilidade do exercício do direito de arrependimento no regime do Decreto-Lei 58,⁸⁴ ficou reforçada a tese de que o compromisso de compra e venda é contrato definitivo, por não permitir a qualquer das partes voltar atrás, senão através da rescisão ou resolução do contrato baseada em decisão jurisdicional ou por mútuo acordo entre as partes.

O pacto de arrependimento, contudo, pode constar de compromisso de compra e venda de imóvel não loteado, a teor do disposto no artigo 1.088

⁸² O pacto comissório está assim disciplinado no Código Civil: “Art. 1.163. Ajustado que se desfaça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato, ou pedir o preço. Parágrafo único. Se em dez dias de vencido o prazo, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda”.

⁸³ Art. 22: V. nota de rodapé 21, página 14.

⁸⁴ Sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 166: “É inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do Decreto-Lei nº 58, de 10.12.37”. Veja-se que por força do que disciplina o art. 22 do referido Decreto-Lei, entende-se que o enunciado dessa súmula somente se aplica aos imóveis loteados, os quais são hoje disciplinados pela Lei n. 6.766/79, em que também se tem por incabível o arrependimento por força do que estabelece o seu art. 25.

combinado com o artigo 1.095 do Código Civil Brasileiro,⁸⁵ desde que conste de cláusula expressa, de modo claro, decisivo e concludente. Uma vez expressamente prevista no contrato, haverá a possibilidade de qualquer das partes voltar atrás sem violar o que fora ajustado, mesmo que já registrado o contrato na matrícula, perante o Cartório de registro de imóveis. Desfeito o negócio por causa do arrependimento, da retratabilidade do pactuado resultará ao compromissário o direito de pleitear as correspondentes perdas e danos do promitente vendedor.

Existe, portanto, possibilidade de aplicação da cláusula de arrependimento na promessa de compra e venda de imóvel não loteado, mas a operacionalização de cláusula dessa natureza sofre limitações de ordem hermenêutica. Em alguns casos já se entendeu que o recebimento integral do preço sem a ratificação dessa cláusula representa renúncia ao exercício desse direito, visto que o contrato já se encontrará perfeito e acabado, ainda mais quando já efetivada a tradição com a imissão do compromissário na posse do imóvel.

Há, não obstante, quem compreenda de modo diverso, como o Ministro Moreira ALVES, para quem, mesmo que integralizado o pagamento, o contrato de compromisso de compra e venda com essa cláusula não permite o uso da ação de adjudicação compulsória. Entende que o Código Civil é peremptório ao estabelecer que a possibilidade de arrependimento pode ser exercida a qualquer momento, mesmo que o preço já tenha sido pago integralmente, somente se eliminando essa viabilidade com a celebração do contrato definitivo. Por isso, sustenta que o compromisso de compra e venda não se confunde com compra e venda a prestações, por se tratar, no seu modo de ver, de um contrato preliminar que visa uma obrigação de fazer, qual seja, a de celebrar o contrato de compra e venda.⁸⁶

⁸⁵ “Art. 1.088. Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1.095 e 1.097.”; “Art. 1.095. Podem, porém, as partes estipular o direito de se arrepender, não obstante as arras dadas. Em caso tal, se o arrependido for o que as deu, perdê-las-á em proveito do outro; se o que as recebeu, restitui-las-á em dobro.”

⁸⁶ Moreira ALVES, José Carlos. *Posse: estudo dogmático*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991. v. 2, t. 1, p. 429-431.

Embora sejam ponderadas e respeitáveis as observações do Ministro, discorda-se da sua posição, uma vez que a possibilidade do exercício do direito de arrependimento, ao constar de cláusula expressa nesse sentido, permite ao compromitente vendedor voltar atrás e desistir do negócio, desde que o faça antes de quitado o preço. Uma vez solvida a dívida, haverá renúncia tácita por parte do promitente vendedor ao exercício da faculdade de arrepender-se, exceto se ela foi expressamente ressalvada por ocasião da integralização do pagamento.

Existindo cláusula de arrependimento, ficará impossibilitada a adjudicação compulsória, exceto se o compromisso foi integralmente quitado, a partir de então não será mais lícito ao promitente vendedor exercitar tal prerrogativa⁸⁷.

Analisadas e ponderadas as posições dos autores acima referidos, acredita-se que a mais consentânea é aquela que tem o compromisso de compra e venda como contrato preliminar, pelas razões já colocadas por Mário Aguiar Moura e Moreira Alves, anteriormente apreciadas, ainda que nele não se admita a possibilidade do exercício do direito de arrependimento.

Nessa linha de raciocínio, se o compromisso de compra e venda fosse tido como contrato definitivo, seria possível crer que a posse que se transfere ao promitente comprador por ocasião da sua celebração também deveria ser considerada com essa qualificação, a partir do momento da tradição, antes mesmo do pagamento integral do preço. Mas não é bem assim, uma vez que nem sempre o compromissário poderá recorrer à proteção de sua posse com base na intenção de definitividade da transferência, pelas razões que serão expostas.

É fundamental ter presente, por enquanto, ser compromisso de compra e venda um contrato preliminar, pois a posse que por ele se transfere é, via de regra, provisória. Resta saber se ela se mantém sempre com essa qualificação ou se mediante determinadas circunstâncias, apresentar-se-á como definitiva, e se com esse atributo poderá ser alegada também como posse própria.

⁸⁷ A respeito, v. nota de rodapé n. 202, na página 119.

2.3.2.1 Bipartição da relação possessória

O desdobramento da relação de poder sobre as coisas foi consagrado no Código Civil Brasileiro, no artigo 486⁸⁸, em que se reconhecem expressamente duas concepções em que se pode possuir. A concorrência de duas modalidades de posse sobre uma mesma coisa, uma direta e imediata, consistente no poder de fato exercido diretamente sobre a coisa, e outra indireta, de quem a tem em decorrência de uma abstração do conceito jurídico de posse, correspondente a um direito do qual deriva a posse direta de outrem sobre a coisa.

As hipóteses legalmente consagradas, como se depreende da redação legal e como esclarece a unanimidade dos autores,⁸⁹ devem ser consideradas como exemplificativas, pelo que, dentre as diversas situações em que se pode apresentar a posse, tem especial relevância esclarecer se ela se configura nos contornos daquela do promitente comprador.

Faz-se necessário analisar, então, como se configura a bipartição da posse. Assim, quando alguém a exerce temporariamente, sem prejuízo da posse por conta de quem a possui, diz-se que, por desdobramento, que essa segunda pessoa tem a posse mediata ou indireta e, aquela, a posse imediata ou direta.

O possuidor direto tem a posse efetiva, o poder de fato sobre a coisa. O estabelecimento da posse mediata ou indireta se produz em decorrência de um ato de entrega da posse efetiva, realizado para dar origem a nova posse imediata, havendo, então, divisão da posse em função de uma relação jurídica negocial entre o possuidor direto e o indireto. A posse fica desse modo repartida em posse mediata ou indireta e faz nascer a posse imediata ou direta, circunstância que pode ocorrer

⁸⁸ Art. 486. V. nota de rodapé 26, página 15. Esse artigo demonstra existir no Código Civil a preponderância da concepção de Ihering sobre caracterização da relação possessória, pois, como antes referido, a bipartição da posse não foi satisfatoriamente esclarecida ou explicada por Savigny.

⁸⁹ A título ilustrativo, mencionam-se, dentre os autores consultados, Silvio de Salvo VENOSA (*Direitos reais*. São Paulo : Atlas, 1995. p. 48); Washington de Barros MONTEIRO (*Curso de direito civil*. 29. ed. São Paulo : Saraiva, 1991. v. 3, *Direito das coisas*, p. 27); BEVILÁQUA (p. 34-35).

sucessiva e indefinidamente, o que explica o fato de uma mesma coisa poder ser objeto de uma variedade de posses superpostas.

Em essência, o que se verifica nas hipóteses legalmente tipificadas de usufruto, arrendamento, entre outras onde se possa configurar, é que a posse do proprietário não é anulada.

Washington de Barros MONTEIRO explica dar-se o desdobramento da posse quando o direito ou a obrigação de possuir caiba a outra pessoa que não o proprietário. A posse, daí, desdobra-se e apresenta-se sob duas faces: a direta, é a do sujeito que tem contacto direto com a coisa, e a indireta, a do proprietário que concedeu ao possuidor direto o direito de possuir. O traço característico dessa posse é a transitoriedade do direito do não proprietário possuidor.⁹⁰

O desdobramento pode ocorrer, também, em relação a outros possuidores diretos, que, em decorrência de uma relação jurídica obrigacional, transfiram a sua posse nessa qualidade, como ocorre com o inquilino que subloca o imóvel a outrem, passando a ser possuidor indireto em face da posse direta do sublocatário.

Clóvis BEVILÁQUA esclarece que há o desdobramento da relação possessória quando a posse “é exercida por uma pessoa, sem prejuízo da posse daquela por conta de quem possui”⁹¹. Nesse caso, essa segunda pessoa terá posse indireta e a outra a posse direta ou imediata. Explica que essas posses paralelas são criadas pela necessidade de se prover a defesa daquele que tem a posse efetiva e daquele que tem a posse temporariamente privada do seu exercício, mas existente na subjetividade, já que efetivamente não recai sobre a coisa que está em poder de outrem.

⁹⁰ MONTEIRO, Curso de direito civil, direito das coisas, p. 28.

⁹¹ BEVILÁQUA, p. 33 e ss.

A posse indireta não passa de mera criação, ficção jurídica⁹², a fim de proporcionar ao possuidor indireto a possibilidade de defendê-la através de interditos. O possuidor indireto pode recorrer à proteção possessória para defesa da posse direta, como da sua própria posse,⁹³ da mesma maneira que o possuidor direto que tem a posse real e efetiva é tutelado contra a turbção ou esbulho em face de terceiros e em face do próprio possuidor indireto.

É necessário estabelecer, então, os critérios para se poder aferir a existência ou não da bipartição possessória, especificamente na questão que se está a tratar — da posse do compromissário. Para proceder a essa verificação é necessário ter presentes os requisitos de sua configuração, a saber: a) um possuidor, proprietário ou não, anterior ou originário, e o possuidor posterior ou derivado; b) uma posse direta que tenha a sua causa em título jurídico, direito ou obrigação; c) uma posse direta ou derivada que tenha sua duração limitada no tempo por natureza.

Na perspectiva da posse do promitente comprador, é pacífica a configuração das duas primeiras condições acima elencadas. A controvérsia surge a partir da definição da duração da posse, pelo que importa esclarecer se ela é definitiva desde a celebração do compromisso ou se tem duração limitada no tempo.

Antes, porém, será examinada a noção de posse própria, uma vez que, não configurado o desdobramento, a posse do promitente comprador deverá ser entendida com essa qualidade, pelas razões que serão a seguir expostas.

⁹² Conforme as palavras de GONDIM NETO, “a superposição de várias posses indiretas com graus diversos e cada vez mais remotos, indica antes uma hierarquia de direitos, simultaneamente possuídos que, na verdade, uma pluralidade de posses de coisa, o que só por ficção se pode admitir” (p. 156).

⁹³ Sobre esse aspecto, observa GONDIM NETO não ser correto afirmar que haja identidade de interesses lesados e, portanto, de pedidos, nas ações possessórias dos possuidores direto e indireto. Por essa razão, proposta uma ação possessória pelo possuidor indireto, quando já pendente uma do possuidor direto, em face de terceiro, não haverá cogitar de litispendência ou de exceção de coisa julgada, caso a primeira ação já tenha sido decidida. Exemplifica com a seguinte situação: “Quando alguém pratica violência contra a posse alheia derrubando matas, destruindo pedreiras, abrindo picadas, etc., pode causar danos ao locatário, mas, se concebe, também, que este se limite a ter a sua posse turbada sem maiores conseqüências. Entretanto, o prejuízo causado ao proprietário pode ser vultoso. Ele tem um interesse autônomo a regular como o autor do ato ilegítimo: indenização a cobrar e o direito de exigir que esses fatos cessem e não se reproduzam” (p. 127).

2.3.2.2 Posse própria

A questão do desdobramento da relação possessória no âmbito do compromisso de compra e venda remete a outra maneira, forma ou classe de sua configuração, a saber: a posse própria, como de dono, e a posse sem a concepção de dono ou imprópria.

A tradição pode ser subdividida em duas modalidades, conforme as intenções de quem entrega a coisa e de quem a recebe. Pelo elemento subjetivo, consoante haja vontade de transmitir somente a posse, ou igualmente a intenção de transmitir também o domínio. Essa faceta da questão é relevante na perspectiva da posse do promitente comprador, visto que o promitente vendedor transmite a posse do imóvel já manifestando ou demonstrando a vontade de transmitir o domínio, desde que a quitação do compromisso ocorra normalmente.

Mas essa transferência da posse do promitente vendedor ao comprador também pode operar-se sem que fique na dependência da quitação do contrato, nomeadamente quando se estipular que, na hipótese de inadimplemento do comprador, ao promitente vendedor caberá unicamente executá-lo, não se admitindo desse modo a resolução ou a rescisão do contrato. Nessa hipótese, haverá posse própria desde a tradição, independente da quitação.

O fato é um só — a entrega e o recebimento da coisa, que se distingue, porém, pela intenção de quem entrega e de quem recebe, consoante o que foi pactuado no contrato.

A posse como de dono serve de fundamento para a aquisição do direito de propriedade através da usucapião, diversamente da posse imprópria, que pelas suas qualidades não é apta à configuração da prescrição aquisitiva. A posse própria, como de dono, revela um sentido equivalente ao da posse de um possuidor que se comporta como se titular fosse de um direito real sem sê-lo na realidade. Difere, por conseguinte, em termos de qualidade, da posse do usufrutuário, do locatário e do comodatário, que não se apresentam aptos a adquirir pela usucapião. São posses

impróprias justamente porque o possuidor reconhece o domínio, a propriedade ou o direito real em outro sujeito.

A maneira de como se tem a posse, a concepção a partir da qual se é titular dela, representa o principal recurso de que se utiliza o legislador para designar o tipo de titularidade ou de direito, manifestada pela aparência, através do comportamento do possuidor. Há então uma qualificação subjetiva, em que prepondera a conduta do possuidor, e uma qualificação objetiva, situando a posse pelo legislador, dentro de um plano valorativo, consoante a titularidade de direitos.

Na caracterização da posse própria, tem papel relevante o comportamento externo do possuidor, conforme as palavras de Enrique LALAGUNA DOMINGUEZ, ao reportar-se a considerações de DIEZ-PICAZO: “quando quem possui se comporta segundo o modelo ou o padrão de comportamento dominical e quando o sentido objetivo e razoável derivado desse comportamento suscita nos demais a aparência de que o possuidor é dono”⁹⁴.

No âmbito de análise da posse do compromissário, é necessário determinar se lhe cabe atribuir ou não a qualidade de posse própria. Em caso afirmativo, será fundamental estabelecer a partir de qual momento a sua posse pode ser tida com a concepção de quem se coloca e se tem como dono do objeto possuído.

Se a posse como de dono se manifesta e se exterioriza pelo comportamento, a principal circunstância a ter em conta, logo de início, é a relação jurídica obrigacional que dá origem e justifica a relação possessória. Oportuno, a essa altura, caracterizar a categoria de possuidores próprios, que, conforme LALAGUNA DOMINGUEZ, pode ser subdividida em três espécies, a saber:⁹⁵ a) a do possuidor que se comporta como dono e a do próprio proprietário possuidor, pelo que, neste aspecto, a posse como de dono se confunde com a posse do proprietário, e com isso fica empobrecida a idéia de posse como instituto distinto e,

⁹⁴ LALAGUNA DOMINGUEZ, p. 162.

⁹⁵ LALAGUNA DOMINGUEZ, p. 163.

às vezes, mesmo contrário ao do direito de propriedade;⁹⁶ b) a posse como de dono que não abrange o possuidor proprietário, mas se refere tão somente àquele que se comporta como proprietário, com independência de que efetivamente o seja; c) a do possuidor que se comporta como proprietário ou titular de um direito real sem sê-lo em realidade, contrapondo-se, assim, à posse do proprietário; neste caso, a posse como de dono pode ser oposta à do proprietário não possuidor que a pleiteie através de ação reivindicatória, que se resolveria a favor do possuidor, se a usucapião se consumasse.

A posse própria, como de dono, apresenta-se, então, qualificada para servir de fundamento para a aquisição do domínio através da usucapião, matéria que poderá ser alegada pelo promitente comprador se a sua posse efetivamente puder ser entendida com essa habilitação⁹⁷, conforme se verificará na seqüência.

2.4 POLÊMICA SOBRE A QUALIFICAÇÃO DA POSSE A PARTIR DO *ANIMUS* E SUA CAUSA

No contexto dos dois últimos itens, importa desvendar como se apresenta a posse do compromissário ao lhe ser ela transferida pelo compromitente através de cláusula contratual. Em especial, quando se estabeleceu no contrato que cabia ao promitente vendedor, no caso de inadimplemento do comprador, optar pelo pleito de resolução do contrato cumulado com indenização por perdas e danos ou pela sua execução específica, com a cobrança das parcelas pendentes de pagamento, acrescidas de multa, juros e correção monetária.

⁹⁶ Sobre esse aspecto, Pontes de MIRANDA observa que “não se deve entender a posse própria como posse de quem é proprietário, porque o conceito de proprietário é jurídico”. A seu ver, posse *animus domini* não se confunde com posse a título de proprietário, porque esta resulta de uma circunstância exterior na qual a posse se estabelece, nomeadamente a da titularidade do domínio resultante do registro de imóveis (*Tratado das Ações*, p. 117). Da mesma forma pensa Afrânio de CARVALHO: para ele, possui a título de proprietário aquele que, além da posse, tem o registro ou a inscrição do imóvel em seu nome (p. 181).

⁹⁷ A respeito há decisão do STF, conforme acórdão transcrito na íntegra, no anexo, à página 151. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento 117.842-6-SP. Relator: Ministro Djaci Falcão. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 122, p. 1214-1215, dez. 1987.

Na circunstância acima, tem relevância estabelecer se há desdobramento da posse na perspectiva do compromisso de compra e venda ou se ela se apresenta como posse própria *ab initio*, e, também, definir quais as conseqüências disso para a tutela do compromissário.

Duas teses manifestamente contrárias se apresentaram no cenário nacional em relação à qualificação da posse do promitente comprador. Pelas preciosas contribuições que ambas proporcionam e pelas dificuldades que o tema suscita, serão resumidamente analisadas, e, posteriormente, avaliadas. De um lado, a tese do Ministro José Carlos Moreira Alves; de outro, a antítese do Desembargador José Osório de Azevedo Junior.

2.4.1 Tese do Ministro José Carlos Moreira Alves

O Ministro Moreira ALVES, ao tecer considerações sobre os casos de graduação da posse, sustenta, com fundamento nos termos do que prescreve o artigo 486 do Código Civil⁹⁸, haver o desdobramento da relação possessória quando, através de cláusula constante do instrumento de contrato, o promitente vendedor concede a posse do imóvel ao promitente comprador antecipadamente à quitação.⁹⁹ Essa forma de pensar é acompanhada por Agathe Elsa Schmidt da SILVA, para quem, imitado o promitente comprador na posse direta do imóvel, o promitente vendedor se reserva a posse indireta a título de proprietário.¹⁰⁰

Moreira ALVES alega, em abono de sua tese, a alienação fiduciária em garantia, porquanto a lei expressamente prevê¹⁰¹, para utilizar as suas palavras, a

⁹⁸ “Art. 486. V. nota de rodapé 26, página 15.

⁹⁹ Moreira ALVES, p. 423 e ss.

¹⁰⁰ SILVA, Agathe Elsa Schmidt da. *Compromisso de compra e venda no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 25.

¹⁰¹ O Decreto-Lei 911, de 1º de outubro de 1969 (art. 1º) alterou a redação do art. 66 da Lei 4.728, de 14 de julho de 1965, que passou a ser a seguinte: “A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal”.

“organização vertical da posse”, não obstante seja certo que quitado o preço, por ser a hipótese normal, o ex-devedor, então possuidor direto, permanecerá definitivamente na posse da coisa, mas agora como possuidor pleno, por voltar a ser proprietário. Escreve o Ministro:

Ademais, pelo menos enquanto o compromisso de compra e venda, suscetível ou não de adjudicação compulsória, estiver sendo cumprido não há como sustentar-se que a posse do promitente comprador seja plena, pois a própria execução parcelada e continuada desse contrato preliminar está a demonstrar que o promitente comprador não age como se fosse proprietário da coisa objeto da promessa, não tendo, portanto, posse plena, que é necessariamente posse própria.¹⁰²

Segundo ele, admitir que o compromissário seja possuidor pleno, possuidor próprio, levará a reconhecer o absurdo de que ele venha a tornar-se proprietário por usucapião antes de totalizar o pagamento do preço, caso o compromisso tenha prazo superior ao exigido para a configuração dessa modalidade de aquisição da propriedade.

Analogamente, entende ele não haver no compromisso de compra e venda nenhuma finalidade de garantia¹⁰³ do crédito do vendedor, no sentido jurídico do termo, com o que se está plenamente de acordo. Logo, para esse Ministro, a posse do promitente comprador é subordinada à do vendedor, havendo posse direta em face de posse indireta.

Conclui que, ao menos enquanto o compromissário estiver a cumprir o pactuado não haverá como considerá-lo titular de uma posse *ad usucapionem*, já que

¹⁰² Moreira ALVES, p. 426-427. (sem grifo no original). Esse trecho da obra merece um comentário à parte: muito embora o autor deixe transparecer a aceitação da tese de que com a quitação haverá posse própria, *animus domini*, em nenhum dos julgamentos apresentando essa condição, em que ele proferiu voto, essa proposição foi pelo mesmo admitida.

¹⁰³ Darcy BESSONE entende que, através do compromisso de compra e venda, o vendedor procura garantir-se quanto ao recebimento do preço pactuado, sem prejuízo da atribuição do gozo e uso da coisa pelo comprador, tanto que pondera: “Surpreende-se nesse paralelismo de objetivos, procurados por vias diversas, mecanismo assemelhado ao da hipoteca ou ao do penhor sem desapossamento (hipoteca mobiliária, segundo certas opiniões). Notam-se, todavia, entre essas figuras afins, diferenças estruturais e funcionais. Na estrutura, diversificam-se, porque, se a hipoteca e o penhor pressupõem a propriedade do devedor, na *promessa de compra e venda* e na *compra e venda com reserva de domínio* o devedor somente se torna proprietário ao completar o pagamento da dívida. [...] A promessa, a reserva de domínio e a alienação fiduciária têm de comum a preocupação de buscar-se garantia mais pronta e menos dispendiosa do que a dependente da execução hipotecária ou da excussão do penhor, isto é, procura-se uma solução que resulte imediatamente do inadimplemento do devedor, caracterizado pelo não-pagamento do que se obrigou a pagar”. (Da compra e venda, p. 12-13).

a posse com essa qualificação o é com *animus domini*, em que o possuidor tem a coisa como sua. Enquanto o promitente comprador estiver a pagar as prestações do compromisso, haverá, segundo o seu modo de ver, um comportamento incompatível com a presença do elemento subjetivo indispensável à caracterização da posse própria.

2.4.2 Antítese do Desembargador José Osório de Azevedo Junior

O Desembargador AZEVEDO JUNIOR parte do pressuposto de que o compromissário, distintamente do locatário e do comodatário, dentre outros, paga com a finalidade de ter a coisa para si próprio, de modo definitivo. Acredita, por isso, que a posse do promitente comprador é *animus domini* — posse *ad usucapionem* — desde a celebração do contrato, e apenas não pode ser oposta à do promitente vendedor enquanto não quitado o preço, pois do contrário haveria contradição com uma das finalidades do contrato, nomeadamente a de garantir o crédito do promitente vendedor.¹⁰⁴

AZEVEDO JUNIOR compartilha da orientação de Darcy Bessone ao entender que o domínio — o direito de propriedade que permanece na esfera jurídica do promitente vendedor — tem finalidade semelhante à de garantia do cumprimento do contrato, a exemplo do que ocorre na venda com reserva de domínio e na alienação fiduciária.

Redargüiu a tese oposta, afirmando que a posse decorrente do compromisso de compra e venda deve ser interpretada, tendo em vista a finalidade última desejada e visada pelas partes, que é a transmissão da posse e, pago o preço, a transferência da propriedade, o que o faz considerar o compromisso uma espécie do gênero compra e venda.

É exatamente da forma como vê a natureza jurídica do compromisso de compra e venda, a causa da relação possessória, que deriva a controvérsia acerca da

¹⁰⁴ AZEVEDO JUNIOR, Compromisso de compra e venda, p. 74 e ss.

bipartição da posse do promitente comprador. Não há, na concepção de AZEVEDO JUNIOR, o desdobramento da posse porque as hipóteses contempladas no artigo 486 do Código Civil são de posses temporárias por natureza. A posse do promitente comprador, ao contrário, por decorrer de contrato de aquisição, espécie de compra e venda, é posse via de regra definitiva, cuja tendência natural é manter-se indefinidamente, devendo ser considerada própria, como de dono, ainda que pendente a quitação do compromisso.

Argumenta o Desembargador que, terminado o usufruto, quitada a dívida que origina o penhor ou finda a locação, desaparece a posse direta e o imóvel retorna à posse do proprietário. Diversamente ocorre com o compromisso de compra e venda, uma vez que, chegado a termo, não se questionará da mudança da titularidade ou do retorno da posse ao primitivo possuidor, exatamente porque não era posse temporária, pois prosseguirá na pessoa do compromissário. Só haverá o retorno da posse ao promitente vendedor na hipótese de inadimplemento do comprador e, ainda assim, se o promitente vendedor optar pela resolução ou rescisão do contrato.

O promitente comprador recebe, no seu modo de ver, a posse do imóvel em nome próprio e com a intenção de tê-lo para si, como se proprietário já fosse, ainda que pendente o pagamento do preço. A sua posse, por ser derivada de contrato cuja finalidade é a transferência do domínio, não pode deixar de ser entendida como *ad usucapionem*, apenas não podendo ser oposta à do promitente vendedor, enquanto não quitada a integralidade do preço, sob pena de contrariar uma das próprias finalidades do compromisso.

2.4.3 Síntese: posse própria a partir da quitação

Se é correto afirmar que a posse do promitente comprador deriva de um contrato que tende à transmissão da propriedade, nem por isso ela pode e deve ser considerada como posse *ad usucapionem*, desde a sua celebração, enquanto ainda pendente de quitação do preço previsto no contrato.

Embora a posse seja transferida ao compromissário com a intenção de definitividade, nada impede o seu retorno ao promitente vendedor diante do seu inadimplemento. Deve-se considerar que a posse definitiva do promitente comprador está condicionada à não ocorrência de descumprimento do contrato. A perenidade da posse subordina-se ao pagamento total do preço, de modo que, embora o compromissário esteja a pagar para ter a coisa definitivamente para si, essa imutabilidade possessória somente se consolidará como posse própria e plena a partir da data da quitação, ainda que se trate de imóvel loteado, quando é impossível ao promitente vendedor exercer a faculdade de arrependimento.

Em síntese, uma vez pago o preço estipulado, não caberá cogitar de controvérsia acerca do problema possessório, já que não mais haverá justificativa para retornar a posse ao promitente vendedor em razão de inadimplemento contratual pelo promitente comprador.

Segue-se a orientação de Mário Aguiar MOURA, cuja posição igualmente é a de que o compromissário passa a possuir o imóvel com *animus domini*, uma vez quitado o preço contratualmente previsto, tendo em vista ter sido essa a finalidade última pretendida por ambos os contratantes.¹⁰⁵

Justamente pelo fato de a propriedade permanecer na titularidade do promitente vendedor como uma “garantia”, ainda que no sentido econômico e não no sentido jurídico do vocábulo, até o aperfeiçoamento do pagamento integral, é que não há como deixar de reconhecer a bipartição no exercício da posse do compromissário.

Operada a quitação, porém, a posse deixa de ser dependente do pactuado, pois já não será decorrente do domínio do compromitente, ainda que o contrato não esteja registrado. Com o pagamento integral consuma-se o *animus* possessório do promitente comprador.

¹⁰⁵ MOURA, Mário Aguiar, *Promessa de compra e venda*, p. 309.

O compromisso de compra e venda, ainda que quitado, não tem a virtude de transmitir ao promitente comprador a titularidade do direito de propriedade. Para isso será necessária a celebração de uma escritura pública de compra e venda e seu respectivo registro. De tal maneira isso é verdade, que o promitente vendedor ainda tem a possibilidade de dispor do bem, aliená-lo a terceiro, ainda que em fraude¹⁰⁶ aos direitos obrigacionais do promitente comprador, uma vez não registrado o contrato de compromisso de compra e venda¹⁰⁷. Nessa hipótese, o promitente comprador não teria, face ao que estabelece o princípio da prioridade registral, antes de qualquer consideração, como fazer prevalecer o seu direito ao contrato de compra e venda, ainda que incabível seja a faculdade de arrependimento ao promitente vendedor.

A sua posse, nem por isso, deixará de ser justa, ainda que esteja a pagar as prestações em que se divide o preço. Mas esse, uma vez quitado, qualifica a posse, para caracterizá-la como posse de dono. Será então posse *animus domini*, justa, titulada e de boa-fé.

Havendo posse justa, mesmo que não seja posse como de dono, eventual ação possessória ou mesmo reivindicatória do terceiro adquirente em face do promitente comprador, não terá como prosperar. Será necessário primeiramente desconstituir o título, a causa jurídica da sua posse. Ou seja, é imprescindível que o contrato de compromisso de compra e venda seja rescindido ou resolvido, para que a ação possessória ou reivindicatória interposta pelo terceiro, titular de direito incompatível ao do promitente comprador, tenha condições de prosperar. O

¹⁰⁶ Conforme Fernando de NORONHA, haverá nesse caso o exercício abusivo ou desleal de um direito por parte do promitente vendedor, uma vez que deixará de corresponder à confiança legítima do promitente comprador. (O direito dos contratos e seus princípios fundamentais : autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 182).

¹⁰⁷ Observe-se que essa conduta constitui crime, consoante previsão no Código Penal Brasileiro, em artigo a seguir transcrito: “Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena — reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa. [...] § 2º Nas mesmas penas incorre quem: [...] II — vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria; III — vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre quaisquer dessas circunstâncias;” (sem grifo no original).

terceiro adquirente do imóvel compromissado, ao celebrar a escritura pública de compra e venda em detrimento do direito obrigacional do promitente comprador, não deveria deixar de considerar a sua posse.¹⁰⁸

Em tese, somente se poderá falar em transmissão, ao promitente comprador, de todo o conteúdo¹⁰⁹ do direito de propriedade, se além da imissão na posse houver a quitação, a ausência de possibilidade do exercício do direito de arrependimento e o registro do contrato perante o cartório imobiliário.

Ocorre que a posse justa do promitente comprador, enquanto posse efetiva, é dotada de publicidade, logo ela desperta a aparência em face de terceiros, de que ele é dono. Por isso, não poderá deixar de ser considerada por terceiros que pretendam fazer prevalecer direitos incompatíveis com a pretensão do promitente comprador, ainda que se tratem de direitos reais. Se a posse do promitente comprador não tem efeitos idênticos ao que proporciona o registro do contrato de compromisso perante o Cartório de registro de imóveis, tem elementos qualificativos suficientes para mantê-lo na posse do imóvel enquanto subsistir o contrato.

Com a quitação, mesmo inexistente o registro, todo o conteúdo da expressão econômica da propriedade resultante da posse se encontrará em poder do promitente comprador. Pago o preço, o promitente vendedor terá transmitido automaticamente ao compromissário todo conteúdo econômico que a posse proporciona, restando-lhe em relação ao comprador tão-somente a obrigação de assinar a escritura.

Não há, nessas circunstâncias, como negar o desdobramento da relação possessória durante o cumprimento do contrato, enquanto pendente o pagamento do preço estipulado, ainda que a finalidade última do negócio jurídico celebrado seja

¹⁰⁸ Sobre essa questão v. os acórdãos das Apelações Cíveis ns. 12.332-SC, 1.283/85-PR, no anexo, na página 139 e 173.

¹⁰⁹ Isso não quer dizer que o promitente comprador seja proprietário, o que somente se concretizará com o registro imobiliário da escritura pública de compra e venda na forma do artigo 30, inciso I do Código Civil.

a futura transmissão da titularidade do direito de propriedade, e mesmo que a posse tenha sido transmitida com o intento de definitividade. A pendência do pagamento, entretanto, não desqualificará a natureza justa da posse, enquanto não rescindido o contrato de compromisso de compra e venda.

O desdobramento se justifica porque poderá haver esbulho possessório em relação ao promitente vendedor, caso o promitente comprador não cumpra a obrigação de pagar-lhe o preço, muito embora, como antes exposto, prioritária ou concomitantemente, tenha o vendedor de rescindir o contrato para ser reintegrado na posse do imóvel.

Uma vez estabelecido contratualmente que na hipótese de inadimplemento do promitente comprador, o promitente vendedor não terá direito à resolução ou rescisão do compromisso, ele somente poderá executá-lo. Essa condição produzirá, para o promitente comprador, desde a assinatura do contrato através do qual se operou a tradição, excepcionalmente, uma posse própria, como de dono. Nesse caso, mesmo diante do inadimplemento do compromissário, o compromitente não poderá rescindir o contrato para recuperar a posse do imóvel. Caberá a ele, unicamente, executar o contrato para pleitear o pagamento do preço.

Sempre que haja direito do promitente vendedor pleitear a resolução ou rescisão do contrato, como forma de posteriormente recuperar a posse do imóvel — situação que somente é possível de ocorrer enquanto não estiver quitado o preço em função de inadimplemento do compromissário —, não será possível cogitar da existência de posse própria, como de dono, para o comprador.

O comportamento do compromissário, representado pelo ato de pagar as parcelas do preço pactuado, demonstra por si só uma conduta incompatível com a noção de posse própria, posse plena.

Por considerar a ocorrência do desdobramento da relação possessória na posse do compromissário, quando não é ainda possível configurá-la como posse plena, é que o Ministro Moreira Alves acredita não constituir a penhora turbação

ou esbulho à sua posse, visto que, de modo contrário, o locatário e o comodatário também poderiam embargar.

Na posse do locatário e do comodatário há o desdobramento da relação possessória, configurando-se ambas como posses diretas, porque os sujeitos de direito das referidas relações obrigacionais reconhecem o domínio no locador e no comodante, respectivamente. Mas não é só. Há a bipartição da posse porque a têm numa concepção de titulares de um direito de caráter não dominial. A relação jurídica obrigacional que envolve os sujeitos não é originária de um negócio que vise à transmissão do direito de propriedade, mas propõe-se apenas e tão-somente a propiciar o uso e o gozo da coisa objeto da relação jurídica obrigacional, por um período determinado ou determinável de tempo. Com a vênua do Ministro Moreira Alves, pelas razões que em capítulo específico serão expostas, essa transitoriedade ou efemeridade da posse, conforme as circunstâncias, não lhes impede de manejar os embargos de terceiro.

Isso demonstra a necessidade de ter presente a qualidade ou a qualificação atribuída à posse, não somente pela exteriorização do comportamento, caracterizado pela presença do *animus domini*, mas também baseado na relação jurídica obrigacional que justifica, fundamenta, titula e confere uma causa à posse. Do mesmo modo, é importante verificar a situação em que se encontra a relação jurídica que lhe serve de causa, de modo a se aferir a posição jurídica do possuidor.

A posse do compromissário deverá ser avaliada em consideração a três requisitos conjugados: a) a sua exteriorização, que se manifesta pelo comportamento através do *animus*; b) a relação jurídica obrigacional que lhe dá origem; c) a situação em que se encontra o negócio jurídico relativamente ao cumprimento das obrigações, com especial referência ao pagamento do preço ajustado.

A partir desses aspectos será possível aferir os atributos ou qualificativos outorgáveis à posse, para considerar a situação possessória num plano valorativo, consoante a titularidade de direitos de cada uma das partes envolvidas.

A questão da tutela da posse do promitente comprador não poderá ser definida somente com fundamento na natureza da relação jurídica obrigacional que envolve as partes contratantes. É importante avaliar a condição em que se encontra essa relação, especialmente em referência ao cumprimento das obrigações pactuadas.

É a posição jurídica do promitente comprador em relação ao vínculo obrigacional que explica por que, quitado o preço, a sua posse se qualifica e se exerce como própria, o que é impossível, em princípio, diante da possibilidade do inadimplemento contratual.

Se o desdobramento da relação possessória ocorre em virtude de uma posse de duração limitada no tempo, que cessará, embora vigente por tempo indeterminado, é porque se origina de uma relação jurídica cujos efeitos obrigacionais relativos ao seu exercício são essencialmente transitórios.

Embora seja inegável que no compromisso de compra e venda a intenção seja de que a posse se transfira definitivamente desde o início ao compromissário — por força da própria finalidade do compromisso, que é a obrigação de fazer consubstanciada na celebração da escritura pública de compra e venda —, isso não desnatura a inicial bipartição da posse na hipótese, exatamente porque, em geral, ela somente se consolidará com o pagamento integral.

Mesmo que o fim último do contrato seja de que a posse e a propriedade se consolidem, ao final, nas mãos do compromissário, enquanto existir risco potencial e hipotético de que essa situação não se consolide face ao inadimplemento do promitente comprador, não é possível considerar a sua posse como própria, de dono. Em geral, somente com a quitação do preço haverá a definitividade necessária para não mais se cogitar do desdobramento da relação possessória.

Mas a questão do desdobramento da posse na perspectiva do compromisso de compra e venda pode ser resolvida sob outro enfoque argumentativo. É perfeitamente possível que o promitente comprador — titular de direito pessoal oriundo do compromisso de compra e venda, imitado na posse do imóvel — deixe de recorrer à tutela jurisdicional para impedir esbulho possessório praticado por

terceiro. Se considerado possuidor próprio, com posse *ad usucapionem*, ainda que não quitado o preço, ficará em tese vedado ao promitente vendedor o acesso aos respectivos interditos possessórios, e conseqüentemente aos meios de defesa capazes de evitar-lhe a perda da posse do imóvel a terceiros, o que permitirá o esbulho possessório em sua propriedade.

Caso o compromissário seja considerado possuidor próprio, mesmo sem o pagamento integral, renunciando à proteção possessória, o proprietário ficará impossibilitado de alegá-la, visto que, não tendo a posse, não é considerado parte legítima para utilizar os interditos. Conceber que o promitente comprador tem posse própria, como de dono, e conseqüentemente posse plena, ainda que não quitado o preço, implica impedir o promitente vendedor de fazer uso dos interditos em face de terceiros. Isso se afigura inadmissível diante da possibilidade, ainda que remota, de inadimplemento e de inércia do promitente comprador.

Com a imissão de posse do promitente comprador, há em realidade uma tradição dependente de ratificação, porque, mesmo que se qualifique de irrevogável ou irretratável, não deixa de estar sujeita a rescisão em decorrência de inadimplemento de sua parte.

Uma vez quitado o preço, não haverá mais por que cogitar da bipartição da posse, nem mesmo da “garantia” que o direito de propriedade representa para o promitente vendedor, motivo pelo qual a posse do compromissário passará a apresentar-se na qualidade de posse plena, própria, como de dono, apesar de, sob o aspecto registral, a propriedade não integrar ainda o seu patrimônio.¹¹⁰

Quitado o compromisso, não haverá como o promitente vendedor invocar a tutela jurisdicional para eliminar esbulho possessório ou turbção por parte de terceiros, relativamente ao imóvel e ao promitente comprador, uma vez

¹¹⁰ O vocábulo patrimônio é aqui empregado como o conjunto de relações jurídicas de valor econômico, ativas e passivas de determinado titular, idealmente unificadas pela lei para a consecução de certo fim ou realização de um certo destino. É o complexo integrado por todas as relações obrigacionais e reais de determinado titular, formando uma universalidade de direito. Desse modo, a posse, os direitos reais, os direitos obrigacionais, dentre outros, integram o patrimônio de determinado sujeito de direito. Sobre o tema verificar, de Vicente RÁO, *O direito e a vida dos direitos* (3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. v. 2, p. 765 e ss.).

que possuidor não mais será. Igualmente, se alienar a terceiros adquirentes o imóvel já quitado pelo promitente comprador, com fraude ao direito obrigacional resultante do compromisso de compra e venda, não terá como propor ação possessória em face do promitente comprador, porque titular de posse justa.

No caso de fraude ao direito obrigacional do promitente comprador, surgirá conflito entre o terceiro adquirente — com contrato registrado no cartório imobiliário, que comprou de quem não tinha posse — e o promitente comprador —, titular de posse própria, como de dono, que não tem qualquer direito real sobre o imóvel.

Esse embate somente se resolverá através de ação própria, nomeadamente a reivindicatória, a ser exercida pelo adquirente contra o promitente comprador. Essa ação somente prosperará uma vez demonstrados pelo seu autor, a titularidade do direito de propriedade e a injustiça da posse do promitente comprador.

Desse modo, se o promitente vendedor é titular da propriedade, uma vez quitado o preço pactuado no contrato, não mais poderá exigir ou pleitear a posse através dos interditos, seja do promitente comprador, seja de terceiros, esteja ou não registrado o contrato, na exata medida em que a posse do comprador se qualifica para apresentar-se como posse plena. O direito de propriedade do promitente vendedor, uma vez quitado o compromisso, passa a ser despido de conteúdo, esvazia-se, pelo que lhe caberá, no referente ao imóvel, cumprir o prometido e concretizar a venda através da outorga da escritura pública de compra e venda.

Caso o compromisso não esteja registrado, teoricamente nada o impedirá de, em fraude ao direito obrigacional do promitente comprador, alienar o imóvel a terceiros, surgindo então, um conflito entre a posse própria do compromissário e o direito de propriedade do terceiro adquirente interessado na posse do imóvel, circunstância que acarretará turbção ou esbulho da posse do promitente comprador, sem contudo lhe afetar o *animus domini*.

A posse do promitente comprador não poderá ser considerada definitiva baseando-se unicamente na natureza jurídica do negócio que lhe dá origem, mas

também pela situação na qual ele se encontra relativamente ao cumprimento das obrigações pactuadas no contrato. Via de regra, a posse somente se consolidará em sua plenitude e definitividade em relação ao promitente vendedor, com o cumprimento integral das suas obrigações, nomeadamente com a quitação do preço ajustado pelo promitente comprador.¹¹¹

2.5 POSSE *ANIMUS DOMINI* E SUA DEFINITIVIDADE EM FACE DO PROMITENTE VENDEDOR COMO REQUISITO DA POSSIBILIDADE DE TUTELA

A mutação da qualificação da posse do promitente comprador a partir da quitação correspondente ao valor total pactuado, como anteriormente exposto, dá surgimento à posse plena, com *animus domini*, como de dono, não mais se cogitando da bipartição ou do desdobramento da relação possessória em direta e indireta. Pago o preço, a coisa é possuída com *animo sibi habendi*, como se sua fosse. A partir de então a posse deve ser reconhecida como apta a propiciar a aquisição do direito de propriedade através da usucapião, porquanto deixa finalmente de ser temporária para tornar-se definitiva, não sendo mais possível ao promitente vendedor pleitear a rescisão do contrato com base em inadimplemento, com reintegração na posse do bem objeto do compromisso.

Com posição já referida, Agathe Elsa Schmidt da SILVA discorda de que uma vez pago o preço haja posse da coisa com ânimo de dono. Acredita que a posse do promitente comprador deve ser considerada a partir de sua causa jurídica, a título de promitente comprador em virtude de um contrato de compromisso de compra e venda, não lhe sendo possível alterar o caráter da posse, ainda que efetive o pagamento integral do valor contratualmente estabelecido.¹¹²

¹¹¹ Exceção a essa regra ocorrerá quando o promitente vendedor se permitir unicamente a execução do contrato e não a sua resolução, o que depende de cláusula contratual expressa nesse sentido, conforme já exposto.

¹¹² Schmidt da SILVA, p. 66.

Embora ponderáveis as razões da autora, o fato de a causa da posse decorrer de compromisso de compra e venda não impede que o *animus* do promitente comprador seja como de dono, desde que o preço esteja quitado.

A relação jurídica obrigacional da qual deriva o compromisso de compra e venda ou a natureza jurídica do contrato de compromisso de compra e venda — que visa à futura transmissão da titularidade do direito de propriedade através da celebração e do registro da escritura pública de compra e venda — não impede o promitente comprador de possuir com *animus domini* e, desse modo, com posse *ad usucapionem*, desde que pago o preço. O Código Civil Brasileiro consagra no artigo 550 e no *caput* do artigo 551 a locução “possuir como seu um imóvel”, o que demonstra que o fundamento da aquisição da propriedade imóvel pela usucapião é o elemento subjetivo considerado pela teoria de Savigny.¹¹³

Não se trata de negar valor à causa ou ao negócio jurídico obrigacional que origina a posse, eis que se a hipótese fosse de locação ou de qualquer outra modalidade de posse temporária por natureza, não se poderia cogitar de posse *ad usucapionem*. Trata-se, em realidade, de reconhecer que, muito embora a posse do promitente comprador tenha sido originariamente derivada e, conseqüentemente, ele tenha reconhecido no promitente vendedor a propriedade da coisa, o seu caráter se transformou com o cumprimento das obrigações pactuadas, especialmente com a integralização do preço, para, ao final, apresentar-se como própria. Desde que não excluído pelo título e que não haja conflito entre a causa da posse e a posse com *animus domini*, não haverá justificativa para não lhe reconhecer o caráter de posse como de dono.

Presentes os requisitos da publicidade e da continuidade da posse, não havendo interrupção ou oposição ao seu exercício desde a assinatura do compro-

¹¹³ “Art. 550. Aquele que, por vinte anos sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a transcrição no registro de imóveis”; “Art. 551. Adquire também o domínio do imóvel aquele que, por dez anos entre presentes, ou quinze entre ausentes, o possuir como seu, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé”.

misso, seja através da expedição e execução do ato de apreensão judicial, seja através de ação judicial de terceiros que pretendam a posse do imóvel, e cumprido o lapso temporal previsto em lei para a sua configuração, será perfeitamente possível ao promitente comprador invocar a tutela jurisdicional para ver declarada a aquisição da propriedade pela usucapião, bem como alegá-la como matéria de defesa, em qualquer grau de jurisdição, se tida e entendida como prescrição aquisitiva.

Será possível, ainda que não registrado o compromisso no cartório imobiliário, ao promitente comprador sustentar a prescrição aquisitiva em face do próprio promitente vendedor e, mesmo em face de terceiros adquirentes. Para tanto deverão estar presentes, além da posse própria, todos os demais requisitos legais necessários à sua plena configuração, conforme a modalidade de usucapião invocada.

A partir do pagamento integral a posse se qualifica e transforma de direta e imprópria para posse plena *ad usucapionem*, quando então apresenta os atributos e qualificativos legais aptos a instruir o exercício da ação de usucapião, particularidade relevante para definir as possibilidades de proteção da posição jurídica do compromissário. Resta saber, então, se o compromisso de compra e venda pode ser considerado como justo título para aquisição da propriedade através da usucapião ordinária.

2.5.1 Posse *ad usucapionem* e justo título

Ao falar de possibilidade de tutela da posse do promitente comprador não se poderia deixar de referir à questão da usucapião.¹¹⁴ A análise de algumas situações a seguir expostas demonstra a especial relevância que o instrumento de compromisso de compra e venda poderá representar na determinação dos limites e possibilidades

¹¹⁴ Observe-se que a alegação da usucapião em sede de embargos de terceiro teria o sentido de reforçar a tese de que a posse do promitente comprador é como de dono, de modo que leve à procedência da ação. De qualquer modo, uma vez caracterizada a usucapião em relação ao imóvel compromissado à venda, no caso de improcedência dos embargos e manutenção da penhora, o arrematante irá adquirir um direito de propriedade despido de conteúdo, pois que bastará ao promitente comprador propor a ação de usucapião cabível. (V. Agravo de Instrumento 117.842-SP transcrito no anexo, p. 151).

de tutela da posse do compromissário, se efetivamente puder ser considerado como justo título para fins de aquisição da propriedade imóvel através da usucapião ordinária.

Pode perfeitamente ocorrer que aquele que se apresenta como promitente vendedor não seja o real e efetivo titular do direito de propriedade, fato diante do qual o promitente comprador não logrará, seja através da celebração da escritura pública de compra e venda, seja através da ação de adjudicação compulsória, obter a efetiva e válida transferência do domínio.

Pode acontecer igualmente de o promitente vendedor ser formalmente o titular do direito de propriedade, mas recusar-se a outorgar a escritura pública de compra e venda, não tendo o compromissário condições de prosperar na ação de adjudicação compulsória por qualquer imperfeição material ou formal do compromisso, embora esteja na posse do imóvel há anos.¹¹⁵

Do mesmo modo, é possível que o compromissário não tenha registrado o compromisso e teve conhecimento de que o promitente vendedor alienou fraudulentamente o imóvel a terceiros, através de uma escritura pública de compra e venda devidamente registrada, não sendo mais proprietário do imóvel.

É possível igualmente que o compromissário não tenha registrado o contrato de compromisso perante o cartório de registro de imóveis, assim como não tenha tido conhecimento da penhora nem da alienação judicial do imóvel, e conseqüentemente, foi surpreendido pela citação para responder a uma ação reivindicatória promovida pelo arrematante.

Estabelecido que quitado o compromisso, a posse do compromissário se configura como *ad usucapionem*¹¹⁶, é de fundamental importância esclarecer se o

¹¹⁵ Por imperfeição material se entende, por exemplo, a ausência da outorga uxória, obstáculo a que o promitente comprador obtenha a adjudicação compulsória, uma vez que o marido não poderia, sem o consentimento da mulher, celebrar a escritura pública de compra e venda do imóvel. Exemplo de imperfeição formal é a questão do registro do contrato, muito embora, segundo Arnaldo MARMITT, prevaleça na doutrina a tese da prescindibilidade do registro. (Adjudicação compulsória. Rio de Janeiro : Aide, 1995. p. 179).

¹¹⁶ Como observa ASCENSÃO, a posse para usucapião é uma manifestação da categoria multiforme de posse, que se apresenta mais exigente, mas não é posse de natureza diversa das demais situações possessórias. Deve ser

compromisso de compra e venda pode ser considerado justo título para fins de aquisição da propriedade através da usucapião ordinária, de acordo com a disciplina do *caput* do artigo 551 do Código Civil.¹¹⁷

Para Luiz Edson FACHIN, justo título “é um instrumento ou meio aparentemente hábil a transferir o domínio. Em abstrato, o justo título é idêntico ao título, e, em concreto, não produz o efeito do título. Título designa a causa eficiente da posse, materializada por ato exterior probatório. Justo expressa a qualidade de que deve estar revestido esse ato, vale dizer, a aptidão em tese para constituir ou transferir o direito”¹¹⁸.

Darcy BESSONE pondera que “justo título é o fato gerador de direito hábil, em princípio, para transmitir o domínio”. Na aparência é um fato perfeito, mas contém vícios que posteriormente se manifestam. Exemplifica com a venda a *non domino*, na qual, embora exista escritura pública de compra e venda perfeitamente formalizada — o que lhe confere aparência de aptidão para a transferência da titularidade —, foi realizada por quem não era o real proprietário.¹¹⁹

Interessante é a ponderação de Sílvio de Salvo VENOSA, para quem a lei não se refere ao documento perfeito e hábil para a transcrição, pelo que o título deve ser entendido como “a razão pela qual alguém recebeu a coisa do precedente possuidor”. É, segundo seu entender, o fato gerador da posse. A partir desse fato causador da posse, deve-se examinar a justa causa do possuidor que está a usucapir, em que o título, por qualquer óbice, não habilita à aquisição da propriedade. De modo que, para esse autor,

uma posse efetiva, com utilização da coisa do ponto de vista econômico, o que exige uma intensidade maior de atuação sobre a coisa. (Direito civil : reais, p. 297-299.)

¹¹⁷ “Art. 551. Adquire também o domínio do imóvel aquele que, por dez anos entre presentes, ou quinze entre ausentes, o possuir como seu, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé.” A questão do justo título tem fundamental importância na definição das possibilidades de tutela do compromissário, em relação ao decurso do tempo necessário à configuração da aquisição da propriedade através da usucapião.

¹¹⁸ FACHIN, A função social da posse..., p. 72.

¹¹⁹ BESSONE, Darcy. Direitos reais. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 171.

escrituras não registráveis por óbices de fato, assim como formais de partilha, compromissos de compra e venda, cessão de direitos hereditários por instrumento particular, recibo de venda, procuração em causa própria, até simples autorização verbal para assumir a titularidade da coisa podem ser considerados justo título. *Podem*. Se o título apresentado é hábil para o usucapião é questão a ser decidida no processo.¹²⁰

Conforme Orlando GOMES, o vocábulo “título” significa o ato jurídico que tem por função econômica justificar a transferência do domínio, fundamentar atos translativos. Título é o fundamento do direito, o fato jurídico pelo qual a propriedade se transfere, como na compra e venda, permuta, doação, legado. A qualificação “justo” tem o sentido de idôneo para transferir, hábil para deslocar o bem de um patrimônio a outro. Entende, desse modo, que todo o negócio jurídico apto a transferir o domínio é considerado justo título, mas se como ato translativo não produziu efeito, importa indagar a causa da ineficácia, que no seu entender pode se dar de três formas: a) “aquisição a *non domino*”; b) “aquisição a *domino* de quem não tinha o direito de dispor”; c) “erro no modo de aquisição”¹²¹. No deslinde da questão da posse do promitente comprador tem especial relevância o erro no modo de aquisição.¹²²

A posse do compromissário é derivada de um negócio jurídico através do qual ele obterá o título — a escritura pública de compra e venda —, que, registrado, possibilitará a transferência do direito de propriedade, cuja posse lhe é transferida por antecipação. Isto é, o promitente comprador não se apresenta ainda como titular de direito real, mas como possuidor e titular de um direito obrigacional, ou obrigacional com eficácia diante de terceiros, conforme esteja ou não registrado o compromisso.

Embora o contrato de compromisso se apresente como instrumento apto para que o promitente comprador possa pleitear a celebração do negócio jurídico

¹²⁰ VENOSA, p. 141-142.

¹²¹ GOMES, *Direitos reais*, p. 158.

¹²² O erro no modo de aquisição se configura, por exemplo, quando utilizado instrumento particular para bem cuja transmissão definitiva requer escritura pública.

definitivo e, com fundamento nesse segundo negócio jurídico, obter a transferência do domínio, não se apresentará apto a transferir a titularidade da propriedade caso o promitente vendedor não seja titular do domínio, objeto do segundo contrato.

O direito do promitente adquirente depende do direito de propriedade do promitente vendedor. A validade formal do título do comprador não depende da validade do título de propriedade do vendedor. Sendo anulado o título de propriedade do promitente vendedor, esse ato certamente influirá sobre o direito com base no qual se formaria o futuro título de aquisição. É importante não confundir, então, validade do título com existência ou validade do direito que é objeto daquele. Se o título não é hábil, não transmite o direito. Se o direito não existe, não há título, ainda que este em tese seja hábil para transmiti-lo. A questão que se coloca é a de saber se o compromisso de compra e venda constitui um modo legítimo de adquirir.

Uma resposta negativa haveria de prevalecer porque o compromisso de compra e venda não equivale à venda. Porém, deve-se considerar a ponderação de Orlando GOMES de que, embora o ato possa ser considerado nulo por defeito de forma, uma vez que o compromisso de vender não equivale a vender, “seria de admitir remediado o defeito através da usucapião ordinária”.¹²³

Agathe Elsa Schmidt da SILVA entende que compromisso de compra e venda não é título hábil para transferir o domínio e, por isso, não pode ser transcrito, caso contrário equivaleria ao próprio contrato de compra e venda, motivo por que não considera possível tê-lo como justo título para fim de usucapião.¹²⁴

Com orientação oposta, MOURA faz a seguinte explanação:

Embora se tenha presente que o promissário tem a posse respaldada em um contrato que supõe a superveniência de um outro para completar-se o processo de transferência do domínio, nada impede que a sentença de usucapião seja o ato final que remata a

¹²³ GOMES, *Direitos reais*, p. 159-160.

¹²⁴ Schmidt da SILVA, p. 65.

finalidade querida pelos contraentes. Negar essa possibilidade poderia criar-se verdadeiro impasse na consolidação do direito do promitente comprador, na hipótese possível de não mais existir quem lhe outorgue a escritura definitiva, nem lhe ser juridicamente viável a adjudicação compulsória por deficiência formal do instrumento de promessa de compra e venda.¹²⁵

Semelhantes são as ponderações de AZEVEDO JUNIOR, para quem devem ser louvados os pronunciamentos jurisdicionais que consideram o compromisso de compra e venda como justo título para contagem do prazo de usucapião ordinária.¹²⁶ Nesse sentido, faz referência à posição de Caio Mário da Silva PEREIRA, segundo a qual, o justo título deve revestir-se das formalidades legais e estar transcrito no registro de imóveis, exigências essas que não devem ser levadas até as últimas conseqüências, pois a usucapião visa exatamente consolidar a aquisição fundada em título que apenas em tese seria hábil a proporcioná-la.¹²⁷ A conceituação de compromisso de compra e venda deve considerar a faculdade de transferir domínio, embora lhe faltem os requisitos para tal desiderato. A questão nem sempre é pacífica, como se constata pela jurisprudência, muitas vezes por exigir o registro do contrato de compromisso.¹²⁸

Tem-se por plausível a crença na qualidade de justo título ao compromisso, embora não registrado o contrato. Exigir essa formalidade seria tornar, conforme o caso, desnecessária e inútil a usucapião, pois o compromissário poderia pleitear a aquisição da propriedade por meio da execução específica da obrigação de fazer ou da ação de adjudicação compulsória. O registro do contrato

¹²⁵ MOURA, Promessa de compra e venda, p. 310.

¹²⁶ AZEVEDO JUNIOR, Compromisso de compra e venda, p. 71-76.

¹²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro : Forense, [19--]. v. 4, Direitos reais, p. 118. Nessa orientação também são as considerações de Manoel Caetano FERREIRA FILHO e Paulo Ricardo SCHIER, para quem, além de o compromisso poder caracterizar justo título para efeitos da usucapião ordinária, é prescindível esteja registrado. (O conceito de justo título para efeito de usucapião no direito brasileiro. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, n. 24, p. 185-200, 1995).

¹²⁸ Assim decidiu-se no julgamento da Apelação Cível 50.056-7-TAPR. Em sentido favorável ao reconhecimento do compromisso como justo título, há recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida no Recurso Especial 32.972-SP. (v. anexo, página 153).

não deve ser considerado requisito imprescindível para a procedência dos pedidos dessas ações.

A partir das considerações dos autores, cujos argumentos foram aqui resumidamente expostos, e a controvérsia jurisprudencial, acredita-se ser a melhor orientação a de que o compromisso de compra e venda poderá ser considerado como justo título para fins de aquisição da propriedade, através da usucapião ordinária, independentemente de registro. Essa conclusão decorre principalmente da ponderação de Orlando GOMES, quanto ao erro no modo de aquisição, porquanto, ainda que escoreito, o compromisso de compra e venda não transfere o domínio de maneira independente, pois necessária é a outorga da escritura pública de compra e venda ou a adjudicação compulsória.

2.5.2 Caráter não registral da publicidade possessória

Contrariamente aos direitos reais, cuja publicidade e eficácia *erga omnes* decorre do registro na matrícula do imóvel, a posse como de dono é por si só pública e notória, por ser posse efetiva. A posse do promitente comprador não se registra, até porque é espontânea e por isso perceptível a toda e qualquer pessoa.¹²⁹ Somente é registrável o contrato, que, por encerrar um direito obrigacional, poderá ter oponibilidade ou eficácia diante de terceiros.

Como explica Menezes CORDEIRO, a posse como poder de fato, do ponto de vista anatômico, é importante até mesmo para a configuração de direitos reais, como ocorre na usucapião, pelo que se apresenta como uma forma de publicidade por excelência.¹³⁰

¹²⁹ No direito português, entretanto, admite-se expressamente a possibilidade de registro da mera posse, conforme preceitua o Código Civil lusitano no Livro III, Título I, Capítulo VI, Secção II, que disciplina a usucapião de imóveis, conforme artigos que a seguir se transcrevem: “Art. 1.295º (Registo da mera posse) — 1. Não havendo registo do título de aquisição, mas registo da mera posse, a usucapião tem lugar: a) Se a posse tiver continuado por cinco anos, contados desde a data do registo, e for de boa fé; b) Se a posse tiver continuado por dez anos, a contar da mesma data, ainda que não seja de boa-fé. 2. A mera posse será registada em vista de sentença passada em julgado, na qual se reconheça que o possuidor tem possuído pacífica e publicamente por tempo não inferior a cinco anos”; “Art. 1.296º (Falta de registo) Não havendo registo do título nem da mera posse, a usucapião só pode dar-se no termo de quinze anos, se a posse for de boa fé, e de vinte anos se for de má fé”.

¹³⁰ CORDEIRO, *Direitos reais*, p. 609.

Na posse efetiva do promitente comprador não se nega que a propriedade ainda pertença ao promitente vendedor, e como tal, ainda seja integrante do seu patrimônio. Tampouco se pode contestar que a posse do compromissário, por efetiva, é notória e como tal, mesmo não registrado o compromisso, é elemento de publicidade. Deve por isso, despertar ao menos a curiosidade de terceiros adquirentes sobre a existência e a natureza jurídica do seu direito relativamente ao imóvel.

Embora a posse não seja registrável como o contrato de compromisso de compra e venda que preencha os requisitos legais para tal, não se pode negar produzir a posse efetiva efeitos *erga omnes*. Se o domínio ou a propriedade é adquirida pela transcrição, circunstância que lhe confere notoriedade, o mesmo não ocorre com a posse, pelo menos enquanto poder de fato efetivo, por não se configurar registrável. Na posse efetiva a publicidade já lhe é inerente.

Demonstrada a importância da posse na definição dos limites e possibilidades da tutela do promitente comprador, importa analisar o valor do registro do contrato de compromisso de compra e venda na matrícula, por ser também elemento produtor de notoriedade. Caberá sopesá-los a fim de determinar o ponto de equilíbrio e de preponderância mútua, de modo a estabelecer o valor de cada qual na determinação das possibilidades e limites de tutela do promitente comprador em face da pretensão de terceiros relativamente ao imóvel.

3 REGISTRO IMOBILIÁRIO DO CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA E TUTELA DO PROMITENTE COMPRADOR

Com a celebração do compromisso de compra e venda, o promitente comprador deverá¹³¹, desde que o contrato preencha todos os requisitos legais,¹³² requerer ao oficial do cartório de registro de imóveis o registro ou averbação¹³³ do compromisso de compra e venda na respectiva matrícula.

Segundo Afrânio de CARVALHO, o registro terá finalidade constitutiva, ao fazer surgir direito que se busca alcançar, uma vez que sem ele os direitos reais sobre a coisa alheia, como a enfiteuse, o usufruto¹³⁴, a habitação, a anticrese, a hipoteca, as rendas sobre imóveis e o direito de propriedade oriundo de ato *inter*

¹³¹ Conforme disciplina a Lei de Registros Públicos — Lei 6.015, de 31.12.73: “Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: I - o registro: [...] 9) dos contratos de compromisso de compra e venda, de cessão deste e de promessa de cessão, com ou sem cláusula de arrependimento, que tenham por objeto imóveis não loteados e cujo preço tenha sido pago no ato de sua celebração, ou deve sê-lo a prazo, de uma só vez ou em prestações; [...] 18) dos contratos de promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas condominiais a que alude a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, quando a incorporação ou a instituição de condomínio se formalizar na vigência desta lei; [...] 20) dos contratos de promessa de compra e venda de terrenos loteados em conformidade com o Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, e respectiva cessão e promessa de cessão, quando o loteamento se formalizar na vigência desta lei. [...] Art. 169. Todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e efetuar-se-ão no cartório da situação do imóvel, salvo [...]”. [sem grifo no original].

¹³² São requisitos do compromisso de compra e venda, para que também possa ser registrado ou averbado no Registro de Imóveis — segundo o art. 176 e seguintes da Lei 6.015, de 21.12.73, combinado com o art. 11 do Decreto-Lei 58, de 10.12.37, e com o art. 26 da Lei 6.766, de 19.12.79: a) conter nome, nacionalidade, domicílio, estado civil, profissão e CPF dos contratantes; b) estar assinado pelas partes e por pelo menos duas testemunhas, com as firmas reconhecidas; c) pode ser feito por instrumento público ou particular, d) conter expressa referência à matrícula ou ao registro anterior, seu número e cartório; e) conter a indicação minuciosa das características do imóvel, das suas confrontações, localização, área e denominação, designação cadastral, se houver, tudo conforme consta da matrícula; f) conter a outorga uxória, quando seja casado o vendedor; g) trazer explícitos preço, prazo, forma e local de pagamento, bem como a importância do sinal; h) estabelecer a taxa de juros incidentes sobre o débito em aberto e sobre as prestações vencidas e não pagas, bem como conter a cláusula penal; i) indicar a parte a quem cabe o pagamento dos impostos e taxas incidentes sobre o imóvel compromissado. Conforme o princípio da continuidade, o compromisso somente poderá ser registrado se, na matrícula do imóvel, constar como proprietário o promitente vendedor.

¹³³ A Lei de Registros Públicos, em seus artigos 167, incisos I e II, disciplina que estando o loteamento formalizado na sua vigência haverá o registro do compromisso de compra e venda. Entretanto, quando o parcelamento em lotes tiver sido aprovado anteriormente à sua entrada em vigor, deverá ocorrer a sua averbação. Sobre a questão terminológica, v. a nota de rodapé 20, na página 13.

¹³⁴ Exceção ao usufruto legal dos pais em relação aos bens dos filhos, que independente de registro, são eficazes *erga omnes*.

vivos, não nasceriam.¹³⁵ Resta saber se o registro do contrato de compromisso de compra e venda tem efeito constitutivo.

O registro do contrato de compromisso deve ser considerado preventivo, tem a finalidade de divulgar ou revelar o direito obrigacional registrado, a fim de que terceiros possam tomar conhecimento de sua existência. Tem função de garantia do direito obrigacional do promitente comprador, prevenindo terceiros do risco de celebrar negócio relativamente a um imóvel sobre o qual já recai direito garantido pelo registro. A omissão no dever de registrar o compromisso de compra e venda, caso seja tido como preventivo, implicará, em princípio, a suspensão da possibilidade do exercício do direito que, através dele, quer-se garantir, até que se cumpra a formalidade.¹³⁶ O registro preventivo não tem força para obstar qualquer ato de disposição do titular do imóvel atingido por ela, mas apenas para inquinar de má-fé o respectivo adquirente, sendo prova prévia de fraude.¹³⁷

O estudo do registro ou da averbação do compromisso é de fundamental importância na determinação dos limites e possibilidades de tutela do promitente comprador, pois se é correto que as obrigações só têm efeito entre as partes, não aproveitando a terceiros nem os prejudicando, não se pode contestar que a existência de contrato, do qual se origina uma posse qualificada, representa um fato social produtor de efeitos em determinado meio social, com repercussões e reações perante terceiros que não podem desconsiderá-lo.

Caberá definir qual é realmente a conseqüência do registro do contrato de compromisso na matrícula do imóvel, se preventiva ou constitutiva. É necessário estabelecer também os efeitos de sua omissão na perspectiva da tutela da posição jurídica do compromissário. Inexistente o registro, importará esclarecer em que

¹³⁵ CARVALHO, p. 149-152.

¹³⁶ Há, então, um ônus que pesa para o promitente comprador. Registrando o compromisso, não experimentará o prejuízo de o imóvel ser alienado a terceiros em detrimento de seu direito.

¹³⁷ Exemplo do efeito preventivo do registro ocorre com a penhora: quando, a despeito de sua inscrição, o imóvel for vendido, não precisará o exequente preocupar-se em fazer prova da fraude contra o seu crédito. A questão do registro da penhora será objeto de análise no próximo capítulo.

momento a posse efetiva do imóvel por parte do compromissário terá condições de preponderar sobre a publicidade registral, para se poder tutelar sua posição jurídica.

3.1 FINALIDADE DA RACIONALIZAÇÃO DA PUBLICIDADE

No âmbito dos direitos reais e das relações jurídicas obrigacionais com eficácia diante de terceiros, tem especial relevância o estudo da publicidade racionalizada, aquela que deriva da intenção deliberada de dar a conhecer ao público determinada posição jurídica, normalmente instituída ou imposta pelo Estado.

No que se refere ao estabelecimento dos limites e possibilidades de tutela do promitente comprador, essa publicidade formal se realiza através do registro de imóveis. Uma das finalidades primordiais do registro imobiliário é conferir notoriedade aos direitos inerentes às coisas imóveis. Isso se faz através da inscrição em livros próprios existentes nos cartórios, dos fatos constitutivos, transmissivos ou extintivos de direitos reais ou mesmo obrigacionais, incluídas, aí, ações judiciais pessoais e reais reipersecutórias¹³⁸.

O registro imobiliário não tem importância somente pela publicidade, mas também se destaca pelo serviço de cadastro da propriedade, especificamente através da matrícula, que contém, além dos dados descritivos do imóvel como a localização, área e metragens, a definição da titularidade do direito de propriedade.

À medida que o registro representa o principal elemento indicador dos contratos que se desenvolvem relativamente à propriedade imobiliária, ele tem a finalidade de torná-los notórios, o que realça o aspecto de que não se destina somente a controlar sua estática, mas também a consignar-lhe as mutações e

¹³⁸Veja-se que o que dispõe a Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973: “Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula serão feitos: I — o registro: [...] 21) das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis;” Conforme Darcy BESSONE, “em nenhum momento da história do Direito, os traços característicos dessa modalidade de ação se apresentaram com nitidez”. Esse mesmo autor afirma que não conseguiu descobrir o que, em verdade, é ação reipersecutória, propugnando pela sua eliminação da Lei de Registros Públicos, porque a seu ver ela não encontra espaço no Direito Processual Civil. (Da posse, 1996, p. 157-167). Deixadas de lado as observações desse autor, a reipersecutória pode ser conceituada como aquela ação, real ou pessoal, pela qual se pede algo que é nosso (um imóvel, por exemplo) ou nos é devido, e está fora do nosso patrimônio. Afigura-se irrelevante a natureza da ação, real ou pessoal, para o fim de caracterizar-se a reipersecutória.

alterações, especialmente as decorrentes de obrigações com eficácia real¹³⁹ e que tenham oponibilidade diante de terceiros. Tem, como exposto, dupla função, inicialmente estática, e, num segundo plano, também dinâmica.

Necessário é ressaltar que o formalismo registral nem sempre contém, no tempo e na forma devida, a “dinâmica” das relações sociais, como, no caso, por exemplo, de aquisição de propriedade realizada através de posse prolongada no tempo, em que o registro de imóveis somente conterà o nome do efetivo proprietário após o registro da sentença declaratória da usucapião.

Via de regra, através do registro que se torna possível obter-se informações sobre a posição jurídica do imóvel, amparando concessão de créditos e prevenindo fraudes, o que nem sempre se exaure no próprio registro de imóveis. Procura-se, com ele, garantir a publicidade e, através desta, uma segurança jurídica relativa, tendo em vista interesses outros ligados ao imóvel, justamente porque o teor da certidão do registro deve revelar, em tese, a verdadeira posição jurídica do bem de raiz em relação à titularidade do direito real e à existência de eventuais ônus reais ou gravames que sobre o mesmo recaiam.

Essa publicidade instituída pelo Estado foi denominada por Luiz Fabiano CORRÊA de “índices de circulação”, que diferem segundo a natureza do bem, móvel ou imóvel.¹⁴⁰ No direito brasileiro, o índice de circulação dos imóveis é o registro, e o dos bens móveis, em geral, a posse, às vezes também combinada com o registro. São esses índices que informam a conjuntura jurídica da coisa, para revelar se a propriedade é plena ou está sujeita a alguma limitação, como a decorrente do registro de hipoteca, ou mesmo de compromisso de compra e venda, hipóteses em

¹³⁹ Para ASCENSÃO, a finalidade da atribuição de eficácia real à obrigação “é a de garantir a posição daquele que sem o registro estaria sujeito às alienações e disposições do proprietário, e ficaria sem reação uma vez ser titular de um direito meramente obrigacional. Com a eficácia real o seu direito fica munido de inerência de modo a poder buscar a coisa na titularidade de quem quer que seja” (*Direito civil : reais*, p. 561-569). Observe-se que a eficácia real de um direito e o direito real são coisas distintas. A eficácia real é determinada pela oponibilidade *erga omnes* que ao direito de caráter pessoal é conferida pelo registro ou inscrição no assento imobiliário.

¹⁴⁰ Luiz Fabiano CORRÊA, p. 137.

que, como se verá, embora não proibida, fica restrita a liberdade de disposição do bem por parte do titular do domínio.

É interessante notar que a publicidade haverá de ter em conta a natureza móvel e imóvel das coisas. Nesse sentido, a notoriedade dos direitos reais e obrigacionais sobre as coisas móveis é, em geral, espontânea, resultando especialmente da posse, ao passo que, relativamente aos imóveis, ela fica sujeita, em geral, às regras do registro imobiliário.

O registro deve ser o repositório de informações para onde devem confluir, em tese, todos os dados referentes à propriedade imóvel, tenham eles caráter estático ou índole dinâmica, de modo que lhes seja conferida a publicidade e a eficácia necessárias.

3.1.1 Publicidade registral e dinâmica social

É no aspecto dinâmico que a publicidade registral tem maior relevância para definir limites e possibilidades de tutela do promitente comprador em caso de transferência do domínio de um sujeito de direito para outro. A circulação do direito de propriedade necessita de manifestação visível, de modo que lhe seja possível chegar ao conhecimento de todos, diferentemente dos bens móveis para os quais basta a tradição.¹⁴¹ A efetiva aquisição do direito de propriedade depende do registro, e não têm outro sentido os termos do que disciplina o artigo 530, inciso I, do Código Civil.¹⁴²

A propriedade é o cerne do direito real,¹⁴³ dela decorrendo a plenitude do direito sobre a coisa, que se manifesta através dos diversos poderes nela apresentados

¹⁴¹ “Art. 675. Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição (art. 620).”

¹⁴² Art. 530. V. nota de rodapé 24, página 15.

¹⁴³ A. Menezes CORDEIRO define o direito real como “a afetação jurídico-privada de uma coisa corpórea aos fins de pessoas individualmente consideradas” (*Direitos reais*, p. 255). Segundo Clóvis BEVILÁQUA, direito real “é o poder jurídico da pessoa sobre uma coisa determinada, aderindo a ela, enquanto perdura e prevalecendo contra todos” (p. 251).

com tendência a se fracionarem. Todos devem ter acesso ao conhecimento desse fracionamento dos poderes decorrentes da propriedade, através do registro, de modo que ele tenha eficácia e valor diante de terceiros. Para exemplificar, podem ser mencionados os direitos reais sobre a coisa alheia,¹⁴⁴ que são manifestações do direito de propriedade, verdadeiras projeções do domínio, devendo estar ao alcance do conhecimento do público em geral.

Assim, é comum o surgimento de eventuais limitações ao direito de propriedade, seja de origem contratual, seja decorrência de imposição legal, cuja notícia deve ser de fácil e confiável acesso ao público, como é o caso do compromisso de compra e venda, em que, através do registro, possibilita-se não somente a sua publicidade, mas também o exercício do direito de fazer prevalecer a sua execução específica no caso de nova e posterior disposição por parte do titular do domínio. Por isso é que poderá o promitente comprador ir buscar o imóvel frente a terceiro que, em detrimento do seu direito, o tenha adquirido do promitente vendedor.

Não há como negar ao registro imobiliário o caráter de segurança do direito obrigacional do compromissário comprador. É no aspecto dinâmico que o registro do contrato de compromisso revela sua maior importância, porque o titular do direito de propriedade tem limitada a sua faculdade de alienação e oneração. Desse modo, o promitente comprador e terceiros alheios ao negócio jurídico obrigacional do compromisso de compra e venda não poderão ser surpreendidos por circunstâncias deles desconhecidas acerca do doloso e fraudulento exercício do poder de disposição pelo promitente vendedor.

Isso não significa que o direito pessoal do promitente comprador, por não estar registrado ou inscrito no registro de imóveis, não tenha nenhum valor; apenas não tem a mesma eficácia que teria diante de terceiros, se estivesse registrado.

¹⁴⁴Exemplos são o usufruto, o uso, a habitação, as servidões, a hipoteca, dentre outros previstos no artigo 674 do Código Civil.

3.1.1.1 Caráter da relação jurídica obrigacional levada a registro

O objetivo da publicidade registral é não somente atribuir notoriedade ao compromisso, mas principalmente imprimir-lhe eficácia contra terceiros, de modo a se evitem fraudes. Garante-se com o registro a posição jurídica do promitente comprador, uma vez que, ausente, o compromissário estaria sem reação diante das alienações e disposições do proprietário, apresentando-se como titular de um direito meramente pessoal, inoponível diante de terceiros, justamente porque os efeitos do compromisso de compra e venda são restritos às partes, são *res inter alios acta*. Nas palavras de Almeida COSTA, “a execução específica resulta inviabilizada quando o contrato-promessa se apresenta dotado de mera eficácia obrigacional e o promitente-vendedor transmite a coisa a terceiro”¹⁴⁵.

Cabe indagar se esse direito de eficácia unicamente obrigacional, uma vez registrado, tem a sua natureza jurídica alterada ou transformada, cuja análise se fará na seqüência.

Tenha-se presente que a publicidade registral desempenha papel essencial ao assegurar a futura aquisição do direito de propriedade pelo promitente comprador, como pondera Antonio CHAVES:

Realça a doutrina constituir exigência suprema de cada ordenamento jurídico que se tornem conhecidos por todos, através de oportunas formas de publicidade, os títulos de aquisição dos direitos reais imobiliários (constituição, transferências, modificações dos mesmos). A proteção à devida fé pública, a necessidade de salvaguardar terceiros contra os perigos das alienações clandestinas, ou constituição de direitos reais, seja de gozo como de garantia, fizeram surgir, nos diversos países, sistemas diferentes de publicidade.¹⁴⁶

É preciso ter especial atenção, na perspectiva da tutela do promitente comprador, para a incidência simultânea no mesmo imóvel de dois direitos conflitantes e incompatíveis. São exemplos as hipóteses de o promitente vendedor

¹⁴⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Contrato-promessa : uma síntese do regime actual. Separata de: Revista da Ordem dos Advogados de Portugal, Lisboa, p. 51, abr. 1990.

¹⁴⁶ CHAVES, Antonio. Tratado de direito civil. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982. v. 1, t. 2, p. 1123. Parte geral.

alienar sucessivamente o imóvel a sujeitos distintos, hipotecá-lo ou, ainda, de sua apreensão judicial pela penhora, situações em que será necessário elucidar, as condições em que o direito pessoal do promitente comprador, aliado à sua posse, terá condições de prevalecer. Para que isso seja possível, é necessário explicitar, de maneira breve, como se opera a transmissão da propriedade imóvel no direito pátrio.

3.2 REGISTRO IMOBILIÁRIO E SISTEMA DE TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

No direito brasileiro prevalece o entendimento de que os negócios jurídicos obrigacionais não são hábeis para transferir o domínio de um bem imóvel, porquanto, além do acordo de vontades entre o adquirente e o transmitente, é imprescindível o registro, a transcrição do título de aquisição na matrícula do imóvel junto ao cartório de registro de imóveis competente, conforme a circunscrição imobiliária da sua localização. Sem o registro na matrícula não haverá transferência da propriedade, mas mero direito pessoal. Há a obrigatoriedade de submeter a registro todos os direitos reais a ele sujeitos, sob pena de não se configurarem. Por isso se afirma que o registro tem efeito constitutivo do direito.¹⁴⁷

Se o imóvel é vendido a dois sujeitos de direito, aquele que primeiro registrar o contrato perante ao Cartório Imobiliário, será o proprietário, dada a natureza constitutiva do registro, pressuposto de eficácia do direito de propriedade *erga omnes*. Desse modo, aquele que pagar pela propriedade, mas não registrar o seu

¹⁴⁷ Em sentido diverso há o entendimento isolado de Darcy BESSONE, para quem a compra e venda brasileira de imóvel é translativa e tem eficácia real, não se destinando unicamente a produzir obrigação ou direitos pessoais. Entende que a compra e venda produz efeitos reais, sendo ato complexo de formação progressiva ou sucessiva porque dependente de conjugar-se do registro. (*Da compra e venda*, p. 15-48). Bessone diverge da opinião corrente dos autores, segundo os quais o contrato de compra e venda no direito nacional é produtivo apenas de obrigações, em que a transferência do domínio depende da transcrição ou da tradição, conforme se trate de bens imóveis ou móveis. Veja-se também, do mesmo autor, *Direitos Reais* (São Paulo : Saraiva, 1988, p. 131 e ss.), onde ele argumenta que na França, Bélgica e Itália o registro imobiliário tem o efeito de tornar o negócio translativo oponível a terceiros, não sendo constitutivo do direito real, que resulta do próprio contrato.

título desde logo, sucumbirá em face do que por primeiro transcrevê-lo, uma vez que por mero efeito do contrato não se adquire o domínio.¹⁴⁸

O sistema brasileiro de transmissão de propriedade segue, nesse aspecto, o sistema germânico, ao tornar indispensável o assentamento do título aquisitivo no registro imobiliário para que a aquisição do domínio do bem imóvel se aperfeiçoe. Só será proprietário aquele em cujo nome se encontrar registrado o imóvel. No momento em que o primeiro adquirente registra o seu contrato, o segundo fica privado de toda e qualquer eficácia.

Conforme Francisco Bertino de ALMEIDA PRADO, no sistema nacional o consentimento para a transcrição vem implícito no próprio contrato obrigacional, em que o proprietário transfere a propriedade ou constitui o direito real. Portanto, ao se apresentar o título ao oficial do cartório de registro de imóveis para a efetivação do seu registro, não há necessidade de nova manifestação de vontade.¹⁴⁹

Em relação a esse aspecto, Clóvis V. do Couto e SILVA entende que o sistema adotado no Código Civil Brasileiro é o da separação relativa entre o plano dos direitos obrigacionais e o dos direitos reais. Sustenta que a declaração de vontade que confere conteúdo ao negócio jurídico dispositivo, pode ser considerada “co-declarada” no negócio obrigacional antecedente, uma vez que na vontade de criar a obrigação há a vontade de cumprir com o prometido. Por isso, quando alguém vende alguma coisa, demonstra a vontade de adimplir o que prometera. Segundo Clóvis, essa vontade de adimplir é inseparável, no plano psicológico, da vontade de celebrar a obrigação contratual; mas ela não existe no plano jurídico, que se biparte em duas dimensões distintas: a do negócio jurídico obrigacional e a do adimplemento ou do direito real. Observa esse autor, por outro lado, que essa

¹⁴⁸ Assim, num concurso de direitos reais sobre um imóvel, há uma relação de precedência fundada na ordem cronológica do seu aparecimento. Conforme a data em que forem inscritos, os direitos tomam posição no registro, prevalecendo os mais antigos.

¹⁴⁹ Almeida PRADO, Francisco Bertino de. *Transmissão da propriedade imóvel*. São Paulo : Saraiva, 1934. p. 84.

vontade psicológica não se opera no plano dos pré-contratos, em que haverá uma obrigação de fazer, de realizar negócio jurídico, em que a obrigação é de emitir a declaração de vontade prometida, pelo que não se pode considerá-la como “co-declarada”.¹⁵⁰

O sistema brasileiro e o germânico de transmissão ou transferência da propriedade se identificam pela obrigatoriedade do registro, originando o contrato, simplesmente, um direito pessoal, cuja averbação ou transcrição confere a qualidade de direito real. Mas, como bem observa Couto e SILVA, o sistema germânico de transmissão de propriedade de bens móveis e imóveis é abstrato, nele a causa é irrelevante. Prevalece, segundo esse estudioso, entre os autores germânicos, a tese de que é desnecessário o acordo de transmissão causal, porque importaria na duplicação de negócios jurídicos, momento em que tão somente o negócio jurídico obrigacional seria suficiente. Nesse aspecto ele se distingue do sistema brasileiro, em que está presente a causalidade¹⁵¹, uma vez que faz depender da validade do negócio jurídico antecedente a eficácia da tradição e da transcrição, para os bens móveis e imóveis, respectivamente.¹⁵²

3.2.1 Presunção relativa do registro em face do negócio jurídico causal

O registro deve resultar de um negócio jurídico obrigacional causal que satisfaça os pressupostos jurídico-materiais à sua plena configuração, negócio

¹⁵⁰ Couto e SILVA, p. 56-58.

¹⁵¹ A palavra causa comporta três significados, segundo Antônio Junqueira de AZEVEDO: a) a causa-motivo, b) a causa-fato jurídico em que equivale ao fato jurídico que dá origem à obrigação, e o terceiro sentido, o objetivo, hoje predominante, pelo qual se vê na causa uma função prático-social (para os que acreditam em causa também no direito de família) ou função econômico-social do negócio (nos negócios patrimoniais). A falta de causa acarreta, conforme o caso, a nulidade ou a ineficácia. Para esse autor, “nos contratos bilaterais convencionase a prestação como causa da contra-prestação e vice-versa (e a causa consiste, naturalmente, na dupla realização da prestação e da contra-prestação). Segue-se daí que, uma vez formado o contrato bilateral (plano da existência) e se for válido (plano da validade), o não cumprimento posterior da prestação (falta da causa referida na sua constituição), autoriza a resolução, evitando que a parte inocente seja obrigada a cumprir a sua prestação, que se tornou *sem causa*”. Verifica-se que a prestação e a contra-prestação estão de tal modo ligadas uma à outra, que se um dos contratantes não cumpre sua obrigação, o outro não está obrigado a cumprir a sua (*exceptio non adimpleti contractus*). *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo : Saraiva, 1974, p. 172-182.

¹⁵² Couto e SILVA, p. 52-55.

jurídico esse do qual decorre a validade da transcrição. O negócio jurídico válido é necessário, uma vez que o registro imobiliário não tem a virtude de legitimar formalmente o título inscrito ou transcrito, por não eliminar os vícios porventura apresentados. Desse modo, não sendo efetivamente o real proprietário o figurante como titular do direito por força do registro, o terceiro comprador, com fundamento exclusivo no registro imobiliário, não adquirirá o domínio, exceto e excepcionalmente se estiver de boa-fé¹⁵³ e for possível suscitar a tese da tutela da aparência.

O registro, quer em relação aos contratantes, quer em relação a terceiros, não constitui legitimação formal do direito registrado, não regularizando vícios do título ou mesmo suprimindo a faculdade de disposição. A fé pública dos direitos registrados na matrícula do imóvel, perante o Cartório de registro de imóveis, assegura que a inscrição foi promovida pelo interessado adquirente do direito real, mas não garante que o direito ao qual ela se refere pertença efetivamente ao disponente.

Isso não ocorre no direito alemão, no qual o negócio real não se reveste de natureza causal, mas abstrata, e se exige apenas o registro em nome do vendedor e a boa-fé do comprador. Sobre o sistema alemão, Orlando GOMES escreve:

A transcrição, no direito alemão, resulta de um “acordo formal de transmissão”, no qual as partes manifestam *consentimento específico* para que se efetive. Assim, além do negócio jurídico hábil à transferência da propriedade, chamado *negócio causal* porque é, concretamente, a causa da transmissão, faz-se necessário que as partes realizem o *convênio jurídico-real*, isto é, a conjunta declaração de vontade para transcrição. O importante é, porém, que esse *convênio* é inteiramente dissociado do *negócio causal*. Não

¹⁵³ Ultrapassa o âmbito do presente estudo uma análise da tutela de terceiros de boa-fé e do registro imobiliário na perspectiva da aquisição a *non domino*. Apenas a título ilustrativo, cabe explicitar que o sistema brasileiro, em que a presunção decorrente do registro é relativa, tem pressupostos distintos do sistema germânico, para que a aparência de direito decorrente do registro legitime a aquisição do direito real a *non domino*. No direito brasileiro, segundo Luiz Fabiano CORRÊA, além da boa-fé é necessário: a) que o adquirente que figura no registro imobiliário seja o titular do direito, b) que o registro, por ter como título um negócio de que participou o antigo dono, é a esse imputável, c) que ao adquirir o imóvel, o terceiro tenha em vista o teor do registro, d) haja o terceiro de boa-fé, por ignorar as vicissitudes do direito constantes do registro, que o próprio registro por si só não revela, d) a onerosidade da aquisição (p. 128-129).

se leva este em conta; *abstrai-se a causa*. Em consequência, a nulidade do negócio causal não contamina o convênio, vale dizer, o contrato estipulado para o registro.¹⁵⁴

Isso torna o registro imobiliário imune de vícios oriundos do negócio jurídico obrigacional, uma vez que confere em favor do titular uma presunção¹⁵⁵ absoluta de propriedade.

No direito brasileiro, o Código Civil e a Lei de Registros Públicos expressamente reconhecem a possibilidade de retificação do registro,¹⁵⁶ permitindo concluir haver uma presunção relativa do direito de propriedade. Esse fato demonstra que o direito pátrio não se pauta pelo valor absoluto do registro, como sucede no direito alemão.

O registro imobiliário gera uma presunção relativa da titularidade do domínio, e sua utilização se impõe pela necessidade e obrigatoriedade de se resguardar a estabilidade, preservar a segurança jurídica e possibilitar a verificação estatal do direito de propriedade, de modo que se possam controlar os atos praticados pelo titular, até mesmo em relação aos parâmetros ditados pela sua

¹⁵⁴ GOMES, Direitos reais, p. 133.

¹⁵⁵ Segundo Orosimbo NONATO, por presunção se entende a ilação tirada de um fato conhecido para o reconhecimento da ocorrência de outro desconhecido, podendo também ser definida como a consequência dos constantes efeitos de um fato. A presunção, portanto, resulta de um raciocínio, com ele não se confundindo, pois é efeito do raciocínio. De modo geral, as presunções dividem-se em comuns e legais, e estas se subdividem em relativas e absolutas. As presunções comuns, judiciais ou dos homens, são enunciados do juiz na apreciação da prova, fundados naquilo que ordinariamente acontece; delas o juiz tira a verdade do caso *sub-judice*. Já as presunções legais são regras de direito, são suscitadas pela lei. Aquele que invoca presunção legal deve provar o fato que a baseia, não o fato presumido na lei. A lei é fonte da presunção, que sem ela inexistiria. A presunção legal pode ser vencível (*iuris tantum*) ou invencível (*iuris et de iure*), constituindo-se essa última em exceção em face do art. 332 do Código de Processo Civil. A presunção absoluta (*iuris et de iure*) é inatacável, quando nenhuma prova contrária é admitida, nem mesmo a notoriedade do fato, quando se exaure todo o elemento probatório. Já a presunção relativa (*iuris tantum*) permite que se produza prova contrária. Há ainda as presunções intermédias, assim entendidas aquelas que a lei, sem excluir completamente a possibilidade de produção de prova em contrário, só admite em condições especialmente determinadas. É uma classe intermediária entre a presunção absoluta e a presunção relativa; é mais do que presunção *iuris tantum* e menos do que presunção *iuris et de iure*; é aquela em que a lei restringe e delimita a faculdade de provar o contrário, enumerando de forma peremptória quais as provas, as hipóteses admissíveis, ou em que circunstâncias tais provas podem ser produzidas. Exemplo típico é a presunção *pater is est* (Presunções e ficções de direito. In: CARVALHO, J.M. (org.). Repertório enciclopédico do direito brasileiro. Rio de Janeiro : Borsoi, [19--]. v. 39, p. 130-139). Sobre o tema consulte-se também a obra de Sérgio Carlos COVELLO. A presunção em matéria civil. (São Paulo : Saraiva, 1983).

¹⁵⁶ Disciplina o Código Civil: "Art. 860. Se o teor do registro de imóveis não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se retifique. Parágrafo único. Enquanto se não transcrever o título de transmissão, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel, e responde pelos seus encargos". Consoante o artigo 212 da Lei de Registros Públicos, "Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar a sua retificação, por meio de processo próprio".

função social. A sua publicidade decorre igualmente da necessidade de conhecimento do estatuto particular de cada coisa, para precaver o proprietário e terceiros de ingerências decorrentes do desconhecimento de direitos.

Vigora em relação ao registro uma presunção *iuris tantum*, passível de ser destruída por prova em contrário que deverá demonstrar, de modo satisfatório, a sua realização em função de uma venda a *non domino*.

Analisadas a publicidade registral, a presunção relativa oriunda do registro e a eficácia obrigacional dos negócios jurídicos translativos do direito de propriedade, importa adentrar no estudo da eficácia do compromisso de compra e venda perante terceiros, uma vez levado a registro ou averbado.

3.2.2 Publicidade formal *versus* publicidade espontânea

Forçoso é ter presente que coexistem dois tipos de publicidade — uma formal, decorrente do registro, e outra espontânea, revelada pela posse, cada qual com as suas particularidades e efeitos próprios — e que ambas apresentam conseqüências relevantes para o direito e podem perfeitamente apresentar-se, simultaneamente ou não, na perspectiva da tutela do compromissário.

A posse, quando exercida com continuidade e notoriedade como antes exposto, muitas vezes revela a aparência da existência de um direito perante terceiros. A sua diferença em relação à publicidade resultante do registro imobiliário consiste ser ela uma publicidade em estado natural, tal como se apresenta: ao passo que a publicidade registral, embora artificial, porque produto de criação humana como instrumento de tráfego jurídico a serviço de certa racionalidade, dispensa maiores esforços quanto a sua comprovação.

Na busca do equilíbrio entre publicidade formal e publicidade possessória se deverá considerar a observação de A. Menezes CORDEIRO, de que o Estado intervém para evitar a desorganização total do sistema. Isso explica a existência do registro do contrato de compromisso, com todas as suas regras e requisitos, que nada mais é do que o sucedâneo da posse, incapaz de acompanhar a evolução social e

do Direito. Conforme as suas palavras: “Fascinados pela máquina estadual e pela complexa ordenação registral, os juristas esquecem que a publicidade, globalmente considerada, parte da posse, da percepção social da afectação das coisas corpóreas e da própria natureza das coisas. A posse é proscriita da publicidade e o seu sucedâneo elevado à forma única de dar a conhecer ao público os direitos reais. *Há que repor a justeza dos fatos*”¹⁵⁷.

Nesse diapasão, Luiz Fabiano CORRÊA esclarece que a posse deixou de representar o indicador da circulação da propriedade imobiliária, para ceder lugar ao registro de imóveis, especificamente quando as Ordenações do Reino e o registro geral das hipotecas instituído pela Lei 317, de 21 de outubro de 1843, — esse último diploma legal gerador de grande polêmica sobre a matéria —, foram substituídos pelo atual Código Civil, em vigor desde primeiro de janeiro de 1917.¹⁵⁸

Ao sistema registral coube a finalidade de garantir, como princípio, autenticidade, segurança e eficácia aos assentos, às anotações de atos constitutivos, declarativos, translativos e extintivos de direitos reais sobre imóveis. Com isso se buscou preservar a confiabilidade e a segurança jurídica, através da publicidade formal como instrumento jurídico instituído e regulamentado por um conjunto orgânico de normas de direito positivo, voltado para as exigências de segurança estática — não só da propriedade, como também de outros direitos reais sobre

¹⁵⁷ CORDEIRO, *Direitos reais*, p. 300. Esse autor observa, na página 299 da referida obra, que “o aparecimento e desenvolvimento de *direitos reais que não se exteriorizam*” — exemplifica com a hipoteca; a utilização da terra como mercadoria, cuja circulação em termos rápidos que não possibilita a publicidade espontânea da identidade de titulares de direitos sobre ela; “*o fenómeno do abstencionismo*”, pelo fato de pessoas diferentes do titular passarem a usar, em proveito dele, as faculdades inerentes do domínio — faz com que a publicidade espontânea se torne insuficiente para produzir efeitos de presunção e de boa-fé requeridos pela vida em sociedade.

¹⁵⁸ Luiz Fabiano CORRÊA escreve à página 122: “Não há como negar que no direito brasileiro atual o papel de indicador da circulação da propriedade imobiliária, desempenhado antes pela posse, é hoje do registro de imóveis. Outrora se considerava dono do imóvel quem dele tinha a posse porque é por esse meio que se dá a exteriorização do direito real. Na posse está a sua efetividade e visibilidade. Bastava por isso a impressão causada por essa situação de fato natural externa (*natürlicher äußerer Tatbestand*) para fazer com que o possuidor passasse aos olhos de todos por dono do imóvel e por uma *praesumptio hominis seu facti* como tal se tivesse. O artigo 859 do Código Civil, segundo o qual se presume pertencer o direito real à pessoa em cujo nome está registrado, deslocou a presunção para o registro”. A controvérsia girava em torno do valor da transcrição, uns a tendo como de eficácia constitutiva, enquanto outros a viam como simples meio de publicidade diante de terceiros. Com o art. 530, inciso I (v. nota de rodapé 24, página 15), combinado com o disposto no art. 859 do Código Civil, a questão da constitutividade do registro restou pacificada.

imóveis — e de segurança dinâmica — representada pelo comércio imobiliário —, que por vezes poderá, conforme o caso, ceder diante da publicidade possessória. Exemplo disso é a hipótese de aquisição do direito de propriedade efetivada de modo independente do registro, quando o seu titular não poderá utilizar-se da presunção relativa dele resultante em face do usucapiente e de terceiros. A maneira através da qual ocorre a aquisição tem a especial qualidade de destruir a presunção, a ela contrária, oriunda do registro imobiliário. É o caso da usucapião, em que não há, em face do direito do usucapiente, nenhuma possibilidade legal do exercício da presunção decorrente do registro imobiliário. Isso é explicável pelo fato de que, na usucapião, há outro tipo de publicidade, cuja configuração supera a publicidade registral; especificamente, ao ser baseada numa posse qualificada e prolongada, aliada ou não ao justo título e à boa-fé.¹⁵⁹

Nem sempre, pois, o registro se apresenta como condição necessária, suficiente e indispensável para pôr o titular do direito real ao abrigo de eventuais pretensões de terceiros, porquanto há direitos que se impõem à margem das formalidades legais existentes.

Na perspectiva da tutela do promitente comprador, a obtenção do ponto de equilíbrio entre a relativa segurança registral e a publicidade possessória passa, necessariamente, pelo estudo da natureza jurídica do registro do contrato de compromisso de compra e venda.

3.3 NATUREZA JURÍDICA DO REGISTRO DO CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA E SEUS EFEITOS

Há verdadeira discórdia, tanto na doutrina nacional como na estrangeira, entre a *realidade* do direito e a eficácia *erga omnes* do registro. Inicialmente é

¹⁵⁹ Essa também é a posição de Décio Antônio ERPEN, de que os direitos reais “existem a partir de um registro exitoso. As únicas exceções justificam-se pela existência de uma publicidade natural, razão pela qual a posse *ad usucapionem* carece de registro. O mesmo ocorre com a servidão de trânsito, porque visível. O simples visualizar notifica a existência de uma situação jurídica, dispensando-se o registro. Seria uma redundância” (Fraude à execução e o desprestígio da função jurisdicional. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 18, n. 53, p. 17, nov./1991).

fundamental ter presente que nem todo contrato registrado dá origem a um direito real.¹⁶⁰ Exemplo é o contrato de locação, o qual, uma vez averbado, passa a ter efeitos em face de terceiros, pretendentes à aquisição do imóvel, que deverão respeitá-lo, mas não confere nenhum direito real propriamente dito ao locatário. Esse exemplo já é suficiente para demonstrar que, ao se registrar um direito obrigacional, a qualidade da realidade do direito e a sua eficácia diante de todos não são a mesma coisa, não se confundem. Há casos de eficácia e oponibilidade contra todos, em decorrência do registro imobiliário, que não se configuram com a qualidade de direito real. Nesse sentido, Pontes de MIRANDA assevera: “Os direitos reais são espécie de direitos eficazes contra todos, absolutos; porém nem todos os direitos absolutos, eficazes contra todos, são direitos reais. Esses não exaurem a classe dos direitos que têm eficácia *erga omnes*”¹⁶¹.

Há a eficácia *erga omnes* decorrente do direito real, que se leva a registro, e há, também, a eficácia *erga omnes* do direito obrigacional, que é registrado ou averbado, mas nem por isso se configura com a qualidade da *realidade*, nem por isso é direito real. Deve-se evitar confusão entre o direito real que se pretende adquirir através do contrato definitivo (o direito de propriedade) e o direito que se obtém ou surge com o registro ou averbação do compromisso.

Caberá estabelecer, diante dos termos dos artigos 5º, 22 e 23 do Decreto-Lei 58, de 10 de dezembro de 1937, artigo 25 da Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, e artigo 32, § 2º da Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, qual a

¹⁶⁰ Essa polêmica é apontada no direito português por Antunes VARELA ao escrever: “Uns vêem na *eficácia real* da promessa a fonte dum direito *real de aquisição*, enquanto outros a consideram como simples fonte de *oponibilidade* do direito de crédito do promissário a outros direitos com ele incompatíveis, de data posterior à sua inscrição no registro. Alguns afirmam que a cláusula de *eficácia real* gera a invalidade ou ineficácia dos actos celebrados com a violação dela, enquanto outros sustentam que a cláusula, por si mesma, não goza de semelhante poder, só a *retroactividade* que ela imprime à eventual execução da promessa podendo prejudicar a eficácia dos tais actos jurídicos posteriores ao registro, incompatíveis com a promessa” (Sobre o contrato-promessa, p. 61-62).

¹⁶¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1955. t. 13, p. 116. Direito das coisas : loteamento, direitos de vizinhança.

natureza jurídica do direito oriundo do registro do contrato de compromisso de compra e venda.¹⁶²

A resposta a essa indagação será buscada na tentativa de explicar como ficará a situação do compromissário se o promitente vendedor alienar ou onerar o imóvel, uma vez registrado o compromisso na matrícula, perante o Cartório de registro de imóveis.

3.3.1 Vinculação do terceiro adquirente em termos de obrigação *propter rem*

Admita-se, apenas a título acadêmico, que o oficial do cartório de registro de imóveis permitisse o registro de uma escritura pública de compra e venda entre o promitente vendedor e um terceiro adquirente, em detrimento do direito do promitente comprador com compromisso de compra e venda anteriormente registrado. Qual seria a consequência jurídica para o promitente comprador e para o terceiro adquirente?

Uma das possibilidades seria a de considerar que o terceiro adquirente, por ter conhecimento da existência do registro do contrato de compromisso de compra e venda junto à matrícula do imóvel, assumiu automaticamente a obrigação de cumprir com a obrigação pactuada naquele contrato. Nesse caso haveria uma sub-rogação: operar-se-ia a substituição da pessoa do primitivo promitente vendedor pelo atual terceiro adquirente, na relação jurídica fundamentada no compromisso de compra e venda. Dessa maneira, ao celebrar e registrar a escritura pública de compra e venda, ficaria o terceiro adquirente sub-rogado nos direitos e obrigações do promitente vendedor.

¹⁶² “Art. 5º. A averbação atribui ao compromissário direito real oponível a terceiros, quanto à alienação ou oneração posterior, e far-se-á à vista do instrumento de compromisso de venda, em que o oficial lançará a nota indicativa do livro, página e data do assentamento”; Art. 22: V. nota de rodapé 21, página 14. “Art. 23. Nenhuma ação ou defesa se admitirá, fundada nos dispositivos desta lei, sem apresentação de documento comprobatório do registro por ela instituído”; Art. 25. V. nota de rodapé 22, página 14; “Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de registro de imóveis, os seguintes documentos. [...] § 2º Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas, serão também averbáveis à margem do registro de que trata este artigo”.

Essa solução somente teria fundamento jurídico, segundo Manuel Henrique MESQUITA, se se entendesse haver no negócio jurídico celebrado entre o promitente vendedor e o terceiro adquirente uma obrigação *propter rem*,¹⁶³ uma *obligatio in rem scripta* ou, ainda, uma obrigação *ob rem*, por força da qual o adquirente se encontraria automaticamente sujeito ao cumprimento do compromisso, por estar passando a ser proprietário do imóvel.¹⁶⁴ Registrado o compromisso, a obrigação que o promitente vendedor assumira ficaria de tal modo ligada à coisa, transmitindo-se a todo e qualquer outro comprador, de maneira que o compromissário poderia exigir o cumprimento do contrato de quem quer que adquirisse a propriedade do promitente vendedor.

O próprio Mesquita demonstra a inconveniência do sistema da obrigação *propter rem*, por não proporcionar a solução mais adequada. Não é a ideal porque

¹⁶³ CORDEIRO define a obrigação *propter rem* “como aquela cujo sujeito passivo (o devedor) é determinado não pessoalmente (*intuitu personae*), mas realmente, isto é, determinado por ser titular de um determinado direito real sobre a coisa”. (Direitos reais, p. 362-367).

Para o próprio Manuel Henrique MESQUITA, as obrigações *propter rem* “são aquelas em que do titular de um direito real são exigíveis determinados comportamentos de conteúdo positivo, obrigação de dar ou de fazer, integrados numa relação obrigacional; em que os comportamentos de abstenção representam meras restrições ao conteúdo da soberania. A obrigação *propter rem* decorre do estatuto de um direito real. Do ponto de vista da delimitação dos vínculos obrigacionais *propter rem*, têm interesse especial as obrigações de conteúdo positivo, que em razão da disciplina de um direito real impõem-se sobre o respectivo titular”. Assim, portanto, são qualificadas como obrigações *propter rem* para esse autor apenas aquelas a cujo cumprimento se encontra adstrito o titular de um direito real, seja por efeito do estatuto do direito real, verificados os seus pressupostos, seja em razão da violação das regras que nele se contém. (Obrigações reais e ônus reais. Coimbra : Almedina, 1990. p. 265.)

Entre nós, Antônio CHAVES observa que por obrigação *propter rem* se entende aquela cuja força vinculante se manifesta em vista da situação do devedor em face de determinada coisa, de quem a ela se vincula em razão da sua situação jurídica de titular do domínio ou de relação possessória sobre determinada coisa que é a base do débito. Dentre os vários exemplos que cita, destacam-se as taxas ou despesas condominiais fixadas em convenção de condomínio de edifício de apartamentos, as despesas de conservação de tapumes e cercas divisórias, a obrigação de demarcar a área entre prédios confinantes, aviventando rumos apagados. Cita ainda o pagamento de tributos fiscais, federais, estaduais e municipais que incidem sobre imóveis, quando de sua transmissão, por força do disposto nos artigos 677, parágrafo único, e 1.137 do Código Civil. (Tratado de direito civil. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1984. v. 2, t. 1, p. 138-143. Direito das obrigações.)

No direito pátrio, pode ser citada, ainda, a definição de Paulo Carneiro MAIA, segundo a qual obrigação *propter rem* “é o tipo de obrigação ambulatoria, a cargo de uma pessoa, em função e na medida de proprietário de um coisa ou titular de um direito real de uso e gozo sobre a mesma”. Esse autor aponta a controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica dessa obrigação, para filiar-se entre aqueles que a têm como relação jurídica intermediária dos direitos reais e dos de crédito. Menciona como exemplos no direito de vizinhança as regras relativas às árvores limítrofes, as passagens forçadas, as águas, os limites entre prédios, as despesas de condomínio horizontal, o condomínio de imóvel cuja extinção pode ser pleiteada a qualquer tempo (Obrigações “propter rem”. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo : Saraiva, 1977. v. 55, p. 357-373).

¹⁶⁴ MESQUITA, p. 236.

não tutela o compromissário diante da constituição de um direito real de garantia pelo promitente vendedor, como a hipoteca, por exemplo, porquanto não pode exigir o cumprimento do compromisso do mero titular do direito de garantia, direito esse que também colide com o seu, impedindo o cumprimento do pactuado, haja vista que está a adquirir a propriedade plena e não onerada com garantia real.

Desse modo, igualmente, caso o promitente vendedor constituísse um usufruto após o registro do contrato de compromisso, o compromissário ter-lhe-ia de exigir a nua propriedade, e, do usufrutuário, a venda do usufruto ou a sua renúncia.

Assim também vê a questão José de Oliveira ASCENSÃO, uma vez ter sido o promitente vendedor quem se obrigou a contratar, a celebrar o contrato definitivo, e não o terceiro adquirente. Nada justifica colocar o terceiro como parte na relação jurídica obrigacional, a cujo compromisso ele estava alheio. Por isso, o promitente comprador deverá dirigir-se sempre contra o promitente vendedor, já que foi este que se obrigou a outorgar a escritura pública de compra e venda. Não é possível falar, por conseguinte, no caso de registro do contrato de compromisso de compra e venda, em surgimento de obrigação *propter rem*.¹⁶⁵ A mesma forma de pensar é manifestada por Pontes de MIRANDA.¹⁶⁶ A resposta à indagação inicial deverá ser buscada, então, em outro instituto jurídico.

3.3.2 Vinculação do terceiro adquirente em termos de direito real de aquisição

Alguns doutrinadores consideram que o compromisso de compra e venda registrado confere ao promitente comprador um direito real de aquisição. É essa a posição de SANTA MARIA, para quem se trata “de um novo direito real, um direito real *sui generis*, dotado de eficácia real, mais especificamente direito real de aquisição, de posição intermédia entre os direitos reais na coisa alheia e os de

¹⁶⁵ ASCENSÃO, Direito civil : reais, p. 565.

¹⁶⁶ Pontes de MIRANDA, Tratado de direito privado. Direito das coisas: loteamento, p. 114.

garantia, se apresentando como uma modalidade específica dos direitos reais limitados”¹⁶⁷.

No direito lusitano, encontra-se semelhante posição em A. Menezes CORDEIRO, para quem o Código Civil Português permite que ao direito pessoal do promitente comprador seja conferida natureza real, tornando-se um direito real de aquisição, de modo que o imóvel fica afetado ao cumprimento da obrigação.¹⁶⁸ Com esse direito real de aquisição o promitente comprador pode utilizar-se da seqüela para buscar a propriedade do imóvel para si, na titularidade de quem quer que se encontre. Nessa linha faz a seguinte consideração:

Pensamos, por isso, que a promessa real habilita o seu titular a conseguir judicialmente a declaração faltosa, não obstante a transmissão entretanto ocorrida, e, simultaneamente, a reivindicar a coisa, nos termos gerais, das mãos do terceiro adquirente.

Apesar de, aparentemente, se seguir uma tramitação muito semelhante à da execução específica de qualquer contrato-promessa, a faculdade de reivindicação paralela revela um fenómeno de inerência à coisa, incompreensível nos quadros do direito das obrigações.¹⁶⁹

Conforme José de Oliveira ASCENSÃO, a finalidade de atribuição de eficácia real é garantir o promitente comprador, uma vez que estaria sujeito às alienações ou disposições do promitente vendedor, sem que pudesse opor o seu direito meramente pessoal. Com o registro, o seu direito fica munido de inerência, de modo que acompanha a coisa onde quer que ela se encontre. Não vê no registro do contrato de compromisso o efeito constitutivo de direito, mas tão somente o de dar oponibilidade a terceiros. A seu entender a eficácia real não retira do promitente vendedor o poder de dispor, pois o promitente comprador deverá dirigir-se ao

¹⁶⁷ SANTA MARIA, *Direitos reais limitados*, p. 159.

¹⁶⁸ Disciplina o Código Civil português, no artigo 413º (eficácia real da promessa) “1. À promessa de transmissão ou constituição de direitos reais sobre imóveis, ou móveis sujeitos à registro, podem as partes atribuir eficácia real, mediante declaração expressa e inscrição no registro. 2. Deve constar de escritura pública a promessa a que as partes atribuem eficácia real; porém, quando a lei não exija essa forma para o contrato prometido, é bastante documento particular com reconhecimento da assinatura da parte que se vincula ou de ambas, consoante se trate de contrato-promessa unilateral ou bilateral”.

¹⁶⁹ CORDEIRO, *Direitos reais*, p.779-780.

promitente vendedor e ao terceiro adquirente, no caso de alienação em prejuízo do compromisso, quando o imóvel reverterá para si. Para esse autor, o direito derivado do compromisso registrado na matrícula é um direito real de aquisição potestativo, ao passo que o direito oriundo de um contrato de compromisso sem registro se constitui num mero direito de crédito, direito pessoal.¹⁷⁰

Carlos Alberto da MOTA PINTO também entende o contrato de compromisso de compra e venda registrado como um direito real de aquisição. Para esse autor é “precisamente a oponibilidade a terceiros” que o leva a sustentar haver um direito real.¹⁷¹

Para esses autores, por conseguinte, há direito real de aquisição sempre que o titular do direito subjetivo, eficaz *erga omnes* em função do registro, pode adquirir direta e imediatamente — independente da cooperação daquele que se obrigou a vender —, via judicial, o direito real prometido. O compromissário poderá, sempre, via execução específica, até mesmo sem a concordância do promitente vendedor, obter o direito real que este se obrigou a transmitir. O direito real de aquisição implica necessariamente o direito à execução específica, mantido ainda que o promitente vendedor aliene ou onere a coisa em favor de terceiro, na tentativa de impossibilitar o cumprimento da obrigação.

É o poder outorgado pela lei, baseado no registro do contrato de compromisso na matrícula do imóvel, que confere efeitos reais à relação meramente obrigacional de celebrar o contrato prometido — circunstância que possibilita e permite a sua execução específica, embora transferida a titularidade dominial —, e faz nascer o direito real de aquisição. É direito real de aquisição, para esses autores, porque o registro permite ao compromissário obter junto aos órgãos jurisdicionais uma sentença que o faça adquirir o direito, cuja alienação lhe fora prometida. O

¹⁷⁰ ASCENSÃO, p. 561-571.

¹⁷¹ FRAGA, Álvaro Moreira Carlos. *Direitos reais* : segundo as prelecções do Prof. Doutor. C.A. da Mota Pinto ao 4º Ano Jurídico de 1970-71. Coimbra : Almedina, 1971. p. 143.

registro imprime ao direito obrigacional o caráter de oponibilidade diante de terceiros, semelhante ao de um *ius in re*, de modo que o promitente comprador não será afetado por atos de alienação ou oneração¹⁷² da coisa que o promitente vendedor venha a celebrar posteriormente ao registro do contrato de compromisso.

Desse modo, o compromissário — pretendente a fazer valer a obrigação levada a registro contra um terceiro adquirente, diante de um segundo ato de alienação praticado pelo promitente vendedor, e do qual supostamente resultaria a impossibilidade de cumprimento da promessa —, terá de propor a execução específica do contrato de promessa contra o promitente e opor, simultaneamente ao terceiro, o direito real de aquisição conferido pelo registro do contrato.

José de Oliveira ASCENSÃO assevera que, no caso de o promitente vendedor alienar o imóvel a terceiro, o compromissário não deverá dirigir-se somente contra este último para pleitear-lhe os seus direitos, mas contra ambos.¹⁷³ Fundamenta esse raciocínio no fato de não ter sido o terceiro que se obrigou a celebrar a compra e venda definitiva. Por esse motivo o compromissário deverá acionar tanto o terceiro comprador quanto o promitente vendedor, de modo que, a seu ver, faz-se desnecessária ação reivindicatória em face do terceiro comprador, já que será suficiente fundamentar o pedido no próprio vínculo derivado do compromisso para fazer reverter a coisa para si.

Por estar o direito de propriedade adquirido pelo terceiro, onerado em benefício do compromissário, face ao registro do contrato de compromisso, esse poderá exigir daquele o direito real prometido pelo primitivo proprietário, o

¹⁷² Por oneração se entende qualquer constituição de direito real (enfiteuse, servidão, usufruto, habitação, rendas constituídas sobre imóveis, anticrese, hipoteca) e de apreensão da propriedade (arresto, seqüestro, penhora etc.).

¹⁷³ ASCENSÃO, p. 566. No direito brasileiro, em que a ação de adjudicação compulsória segue o procedimento sumário (conforme alteração introduzida pela Lei 9.245, de 26.12.95, no art. 275, inciso II, alínea “g” do Código de Processo Civil) previsto nos artigos 275 e seguintes do Estatuto Processual Civil, (consoante artigo 16 do Decreto Lei n. 58, de 10.12.37, artigo 27, § 3º da Lei n. 6.766, de 19.12.79, combinados com os artigos 639 a 641 do Código de Processo Civil), é em princípio incompatível conciliar a ação de adjudicação compulsória com a ação reivindicatória, uma vez que essa última segue o procedimento ordinário. Nada impede, todavia, a troca do rito sumário pelo ordinário, por não haver cominação de nulidade. Sobre a matéria, consulte-se a exposição de MARMITT, *Adjudicação compulsória*, p. 42.

promitente vendedor. Para tanto, o terceiro adquirente deverá ser chamado a juízo, de modo que seja possível realizar a alteração da titularidade da propriedade no registro de imóveis, o que não pode ser feito sem a sua participação no processo em conjunto com o promitente vendedor.

Deve-se conjugar a execução específica com o direito real de aquisição em face de terceiros, de modo que se assegure a eficácia dessa mesma execução. Esse seria uma das soluções aceitáveis à indagação inicialmente formulada, embora não se veja aí um direito de natureza real.

Como antes exposto, não é pacífica a posição sustentada pelos autores acima mencionados, de que, com o contrato de compromisso registrado existe um direito real de aquisição para o compromissário, porquanto existam doutrinadores que não reconhecem a existência dessa *realidade*.

3.3.3 Vinculação do terceiro adquirente em termos de obrigação com eficácia real

Conforme Pontes de MIRANDA, ao ser registrado um direito que não é real, constata-se que eficácia do registro e eficácia diante de todos ou de terceiros não são a mesma coisa. Há, segundo ele, “efeitos *erga omnes* do direito registrado e não efeitos *realiformes*”. Comentando o artigo 5º do Decreto-Lei 58, diz que a averbação do compromisso de compra e venda confere oponibilidade do negócio jurídico a terceiros quanto a alienações e onerações posteriores, pelo que há inalienabilidade e inonerabilidade subjetivamente relativas, uma vez que o imóvel pode ser alienado ou onerado; esses atos apenas não terão eficácia em relação ao compromisso de compra e venda registrado ou averbado. É inalienabilidade relativa, porque só se operacionaliza em favor do promitente comprador.¹⁷⁴

Para ele “a inalienabilidade e a inonerabilidade instituídas não implicam a constituição de um direito real, eis que, se assim fosse, o direito do titular do compromisso já seria o domínio, a propriedade, e a celebração da escritura pública

¹⁷⁴ Pontes de MIRANDA, Tratado de direito privado. Direito das coisas: loteamento, p. 115.

de compra e venda seria um *bis in idem*, uma excrescência, pelo que seria inconcebível se averbar algo que já se poderia transcrever”. Entende não se dever confundir o fato de ter o direito real com a pretensão de obtê-lo, e por isso o registro do contrato de compromisso impõe uma restrição ao poder de disposição do promitente vendedor, impedindo que tenha eficácia a transcrição de outro título de aquisição que com ele conflite.

O registro do contrato confere proteção à pretensão pessoal do promitente comprador, de modo que se garanta a sua futura realização. Ele não altera a natureza jurídica da relação entre o promitente comprador e o vendedor, a qual se mantém como vínculo de natureza contratual mesmo após o registro. Este protege o promitente comprador quanto a alienações e onerações posteriores, de modo que, se o oficial do cartório de registro de imóveis permitir que se registre uma hipoteca ou uma escritura pública de compra e venda após o registro do contrato de compromisso, esses contratos serão ineficazes em face do promitente comprador.

Esse mesmo raciocínio se mantém em relação à Lei de Parcelamento do Solo Urbano¹⁷⁵, porquanto a averbação ou registro não atribui direito real, mas apenas confere oponibilidade em face de terceiros quanto a alienações e onerações posteriores. Exemplo é o fato de que o promitente comprador ainda não tem ação reivindicatória em face do promitente vendedor e de terceiros, demonstrando que de direito real não se trata, uma vez que terá primeiramente de pleitear a execução específica do contrato.

Entendimento semelhante tem Henrique MESQUITA, segundo o qual sempre que a lei permita registrar direitos pessoais, a consequência disso será a ampliação da sua eficácia tornando o direito oponível a terceiros. O direito pessoal assim registrado que se impõe ao respeito de terceiros não se lhe configura como um direito real, *ius in re*, mas como um direito obrigacional revestido de maior proteção. Fundamenta a sua argumentação com as seguintes proposições:

¹⁷⁵ Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979.

É certo que, decretada a execução específica, o credor adquire o direito real que o promitente se obrigou a transferir-lhe ou a constituir em seu benefício. Esta aquisição porém, decorre do contrato e não, directa e imediatamente, do exercício do direito de execução específica. O direito à celebração de um contrato (*rectius*: à emissão de uma das declarações de vontade que o integram) não pode considerar-se real só porque o negócio, uma vez concluído, opera a transferência ou a constituição de um *ius in re*. Aquele direito não incide sobre uma coisa: é um direito perante o devedor, apenas com a particularidade de, no caso que temos vindo a analisar, a prestação devedora poder ser conseguida coercitivamente por intermédio do tribunal. Para que o direito à execução específica pudesse revestir a natureza de um *ius in re*, seria mister que, em vez de se dirigir a uma pessoa (isto é, em vez de se traduzir numa *pretensão*), incidisse sobre uma coisa e que do seu exercício resultasse, não a celebração de um contrato gerador de efeitos reais, mas antes, *directa e imediatamente*, a aquisição de um direito real de gozo ou garantia.¹⁷⁶

Para esse autor lusitano, o registro não altera a natureza obrigacional da relação jurídica, apenas e tão somente lhe amplia os efeitos para garantir a possibilidade de se cumprir a prestação da obrigação que faz parte do conteúdo do compromisso. Trata-se de um simples meio de publicidade que não altera a substância, a estrutura e a natureza da relação jurídica sujeita à inscrição. Logo não há necessidade de se recorrer ao conceito de direito real de aquisição. Argumenta:

Para explicar a eficácia, em relação a terceiros, de uma promessa de alienação ou oneração assumida nos termos do artigo 413º, não se torna necessário recorrer ao conceito de direito real de aquisição, nem, tão-pouco, fazer retroagir os efeitos do contrato prometido à data da inscrição da promessa no registro.

Por efeito da promessa, o respectivo beneficiário é apenas titular de um direito de natureza creditória: o direito de exigir do promitente a celebração do contrato definitivo, podendo conseguir esse resultado através da execução específica, nos termos do art. 830º.

Encontrando-se porém, tal direito inscrito no registro, torna-se por essa via, *oponível* a terceiros. O registro não modifica a natureza do direito inscrito: apenas lhe amplia os efeitos. Em vez de um direito que esgota toda a sua eficácia no plano das relações entre credor e devedor (como é próprio dos direitos creditórios), estamos perante um¹⁷⁷ direito que, mesmo sem revestir natureza real, se impõe ao respeito de terceiros.

Concorda-se com as ponderações de Pontes de MIRANDA e Manuel Henrique MESQUITA, uma vez que o registro do contrato de compromisso de

¹⁷⁶ MESQUITA, p. 243.

¹⁷⁷ MESQUITA, p. 252.

compra e venda efetivamente não faz surgir um direito real, pois a sua eficácia é a de inalienabilização e inoneração. No caso de oneração ou disposição do imóvel, haverá uma ineficácia subjetivamente relativa, estrita àquele compromissário que, por primeiro, obteve o registro ou a averbação. O registro tem, por conseguinte, a função de impedir a eficácia de transcrição oriunda de outro título, por conseguinte não é nem produz ou faz surgir um direito real. A averbação ou o registro confere proteção à pretensão pessoal do promitente comprador, proporcionando-lhe a segurança de que a relação jurídica obrigacional será espontaneamente cumprida e, no caso de inadimplemento, sua execução judicial possa ser efetivamente obtida.

Não há, segundo o esclarecimento desses dois autores, nenhuma alteração na natureza da relação jurídica entre o promitente comprador e o vendedor em decorrência do registro ou da averbação, assim como não se estabelece uma relação de direito das coisas, mas apenas a oponibilidade do negócio jurídico diante de terceiros quanto a alienações e onerações posteriores.

Não se deve, por conseguinte, considerar que o registro do contrato de compromisso de compra e venda faz surgir um *ius in re*; ele apenas confere um direito de crédito fortemente tutelado; de modo que se alguém adquirir do promitente vendedor o direito real objeto da promessa, tal aquisição não produzirá efeito em relação ao compromissário. Haverá, para utilizar as palavras de Manuel Henrique MESQUITA, somente um direito de crédito que uma vez registrado “*passa a ter eficácia equiparada à dos direitos reais*”, mas que com eles não se confunde!¹⁷⁸

É por isso que a designação “obrigação com eficácia real” não deve sugerir a existência de um direito de natureza real; ela significa um direito de crédito cuja eficácia é comparada, é igualada à dos direitos reais, sem que com eles se reúnam ou baralhem.

¹⁷⁸ MESQUITA, p. 254.

Essa orientação também é seguida por Orlando GOMES¹⁷⁹, o que se verifica em sua afirmação relacionada ao artigo 25 da Lei de Parcelamento do Solo Urbano: “o legislador reincidiu no erro de atribuir natureza de direito real ao que não passa de simples efeito de anotação preventiva no registro imobiliário para impedir a transmissão do bem a terceiro”. Essa proposição é semelhante à de Pontes de MIRANDA em relação ao Decreto-Lei 58, *verbis*: “Nesse caso, a expressão ‘direito real’ que veio no artigo 5º do Decreto-Lei nº 58, proveniente de tráfego legislador estrangeiro, que o brasileiro copiou sem meditação, não passa de lapso, de inexatidão técnica e de terminologia, porque se deu o nome sem se dar o conteúdo”¹⁸⁰.

Uma vez registrado o compromisso, o compromissário poderá requerer a execução específica da obrigação para fazer valer o seu direito de crédito, ainda que o promitente vendedor tenha alienado ou onerado a terceiro o bem objeto da promessa, para impossibilitar o seu cumprimento. Nesse caso o terceiro adquirente também deverá integrar o pólo passivo da relação jurídica processual.

Assim, qualquer ato do promitente vendedor, impedindo a execução normal da promessa, será ineficaz em relação ao promitente comprador, que poderá fazer prevalecer o seu direito obrigacional em face do promitente vendedor e do terceiro adquirente, como se nenhum negócio jurídico entre eles houvesse sido pactuado.

Da ineficácia do ato de disposição ou de oneração do promitente vendedor decorre o fato de que tudo deverá se passar como se o objeto da prestação do contrato prometido continuasse a pertencer ao compromitente, o qual não poderá impedir a execução do compromisso sob o fundamento de que está impossibilitado de cumpri-la por falta ou impossibilidade de objeto. O terceiro adquirente sem posse efetiva, por sua vez, até poderá provar que a sua aquisição foi celebrada em

¹⁷⁹ GOMES, *Direitos reais* (p. 92) e *Obrigações* (8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1988. p. 28).

¹⁸⁰ Pontes de MIRANDA, *Tratado de direito privado. Direito das coisas: loteamento*, p. 114.

data anterior à da conclusão do compromisso, mas isso de nada adiantará se o contrato não foi registrado ou averbado em data antecedente ao tempo da averbação ou do registro do compromisso.

Observe-se que a inalienabilidade e inonerabilidade são relativas, pois o bem compromissado pode ser vendido ou gravado, mas esses atos não terão eficácia em relação ao compromisso registrado. A aquisição do terceiro não deve ser considerada nula, anulável ou inexistente, mas tão somente ineficaz, porque, caso o compromisso seja nulo, anulado ou resolvido por desejo das partes contratantes, ou, ainda tenha cancelado o seu registro ou averbação, não haverá justificativa plausível para que o negócio jurídico celebrado entre o promitente vendedor e o terceiro adquirente não produza os seus normais efeitos jurídicos, com eficácia absoluta.

3.3.3.1 A *Vormerkung* do sistema germânico e a obrigação com eficácia real

Manuel Henrique MESQUITA¹⁸¹, ao analisar o artigo 413º do Código Civil Português¹⁸² — dispositivo legal semelhante ao da legislação brasileira —, acredita que do compromisso de compra e venda decorre verdadeiramente de um direito de crédito, direito de natureza obrigacional, que uma vez registrado, tem eficácia análoga àquela dos direitos reais, mas que com os mesmos não se confunde, porquanto produz mera obrigação de fazer.

É, no seu modo de ver, um regime jurídico similar ao consagrado pelo Código Civil Alemão, no § 883, denominado de *Vormerkung*¹⁸³, caracterizado pela

¹⁸¹ MESQUITA, p. 256.

¹⁸² V. nota de rodapé 168, página 100.

¹⁸³ “Wesen und Wirkung der Vormerkung. (1) Zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes kann eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Die Eintragung einer Vormerkung ist auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedigten Anspruchs zulässig. (2) Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt.” Manuel Henrique MESQUITA traduziu o item (1) do dispositivo legal acima nos seguintes termos: “Para segurança do direito (Anspruch) à constituição ou extinção de um direito sobre um prédio ou sobre um direito que onera um prédio, ou à modificação do conteúdo ou do grau de prioridade de um destes direitos, pode ser inscrita uma anotação prévia (*Vormerkung*) no livro fundiário. A inscrição de uma anotação é também admissível para segurança de um direito futuro e condicional” (op. cit.,

anotação preventiva de direitos obrigacionais, de modo que eles ficam assegurados sem alteração de sua natureza jurídica de direitos obrigacionais para direitos reais. Na hipótese, os direitos obrigacionais sobre o bem objeto da promessa, caso registrados através da “anotação preventiva ou prenotação”¹⁸⁴, não podem ser violados por atos de alienação ou oneração por parte do promitente vendedor, sob pena de ineficácia, tendo em vista que a *Vormerkung* visa assegurar uma pretensão creditória com vistas a modificar a posição jurídica real.

Em sendo ineficaz o ato de disposição, o promitente vendedor mantém a posição de titular do direito alienado a terceiro, não podendo alegar impossibilidade de execução por falta de objeto.

Há, então, um direito obrigacional de aquisição, que é beneficiado pela publicidade registral mediante a sua anotação no livro respectivo. A *Vormerkung* não altera a natureza da relação jurídica entre o promitente vendedor e o comprador — ela se mantém como relação jurídica obrigacional, não sendo submetida a nenhum dos conceitos do direito das coisas, visto que se apresenta como simples meio de melhor proteger a pretensão creditória do promitente comprador, especificamente a do cumprimento da obrigação de fazer, com a celebração da escritura pública de compra e venda e seu respectivo registro, e a conseqüente aquisição do direito de propriedade.

Atente-se, porém, que a *Vormerkung* do sistema germânico tem identidade com a natureza abstrata dos negócios jurídicos¹⁸⁵ aquisitivos de direitos reais, abstração que não se apresenta no sistema do Código Civil Brasileiro.

p. 257). O item (2), na tradução livre, pode ser assim entendido: “Uma alienação ou ato de disposição que se operar posteriormente ao registro ou anotação preventiva relativamente ao imóvel ou ao direito registrado, que com ele esteja em conflito, não tem efeitos, é ineficaz, como se o direito fosse malogrado ou prejudicado. Isso também se aplica se o ato de disposição é resultado de execução judicial, arresto ou alienação resultante de processo falimentar realizada pelo síndico”.

¹⁸⁴ Conforme o *Dicionário alemão-português de economia e direito. Deutsch-portugiesisches Wörterbuch für Wirtschaft und Recht*, de Edel Elga Kick EHLERS e Gunter EHLERS (São Paulo : E.H.K. Ehlers, 1981. p. 390).

¹⁸⁵ Conforme Antônio Junqueira de AZEVEDO, “negócio abstrato pode ser definido como aquele cujos efeitos jurídicos se produzem independentemente de causa; ele tem, portanto, causa, mas sua causa é juridicamente irrelevante para a validade ou a eficácia; ele se caracteriza pela forma, e não pelo conteúdo; tem *forma típica*”. (*Negócio Jurídico*, p. 161). Decorre daí que se no sistema do Código Civil Brasileiro a nulidade do negócio jurídico obrigacional

No direito brasileiro, Clóvis V. do Couto e SILVA também acredita ser o compromisso gerador de mera obrigação de fazer, principal elemento definidor da categoria, pelo que a eficácia diante de terceiros resultante do registro do contrato se identifica ou tem semelhança com a prenotação dos direitos de crédito do direito germânico, destinada a dar segurança ao nascimento e desfazimento de direitos sobre a propriedade imóvel ou de outros que a onerem. Parece-lhe que, da possibilidade de inscrição de pretensões sobre os bens, não resulta situação idêntica a de um direito real. Sobre isso assevera:

Em matéria de aquisição derivada de propriedade, há a fase do desenvolvimento do vínculo, cuja proteção não deve significar transformação da própria obrigação em direito real. A eficácia do registro deu nova dimensão ao direito obrigacional, o qual, por vezes, por meio da publicidade, atingirá círculo maior do que as partes e seus herdeiros, ultrapassando o âmbito previsto no art. 928 do Código Civil, que definiu, à época, a extensão da eficácia dos direitos obrigacionais, segundo a doutrina então prevalente.¹⁸⁶

Sustenta o autor que, em certas hipóteses, os efeitos são semelhantes aos dos direitos reais, o que não implica reconhecer a natureza real do direito de crédito. A seu ver, a qualificação de direito real não pode ser conferida de modo arbitrário pelo legislador, pois do compromisso nasce principalmente uma obrigação de fazer, em que o seu desenvolvimento se opera na dimensão dos direitos obrigacionais.

O autor lusitano Manuel Henrique MESQUITA acredita que a melhor denominação a ser utilizada nos textos legais é “eficácia contra terceiros” ou “oponibilidade a terceiros”. Uma vez registrado o compromisso, prevalece a sua oponibilidade, de modo que qualquer ato de alienação ou oneração praticado pelo promitente vendedor, inviabilizando o cumprimento da obrigação por impossibilidade jurídica do objeto da prestação da obrigação do contrato definitivo, é ineficaz unicamente em relação ao compromissário, que pode fazer valer o seu

(que contém em si a autorização para a transcrição) for judicialmente reconhecida, haverá a nulidade da transcrição. Sendo o negócio causal, a transcrição fica contaminada pela nulidade do negócio, já que nele se fundamenta. Isso não ocorre no sistema do direito alemão.

¹⁸⁶ Couto e SILVA, A obrigação como processo, p.161.

direito de crédito através da execução específica ou da adjudicação compulsória, como se nenhuma alienação houvesse ocorrido. O objeto da prestação da obrigação é, então, considerado como ainda integrante do patrimônio do promitente vendedor.¹⁸⁷

O registro imobiliário do contrato de compromisso, embora atribua ao promitente comprador um direito obrigacional dotado de eficácia contra terceiros, não se confunde com o direito real propriamente dito, cuja titularidade ele busca adquirir, tampouco tem natureza de direito real de aquisição. Haverá, com o registro do contrato, uma obrigação com eficácia ou oponibilidade diante de terceiros, sendo, do mesmo modo, designada de obrigação com eficácia real.

A partir daí, conforme já explicado, se alguém adquirir do promitente vendedor o direito real objeto da obrigação, essa transmissão não produzirá efeitos em relação ao promitente comprador. Esse poderá, através do direito de seqüela, pleitear numa mesma e única ação¹⁸⁸, do promitente vendedor e do atual proprietário, a titularidade do domínio, face à oponibilidade do direito obrigacional diante de terceiros conferida pelo registro do contrato.

3.4 ÔNUS DO REGISTRO E EXECUÇÃO ESPECÍFICA DO CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

Não tendo o compromissário a iniciativa de registrar o contrato de compromisso na matrícula, no cartório de registro de imóveis ou se esse registro é indeferido ou recusado pelo oficial, pela falta de qualquer dos requisitos legais para a sua efetivação,¹⁸⁹ não há dúvida de que a relação jurídica obrigacional não terá oponibilidade diante de terceiros.

¹⁸⁷ MESQUITA, p. 255.

¹⁸⁸ Especificamente a ação de adjudicação compulsória.

¹⁸⁹ Exemplos: quando o loteamento se encontra em situação irregular; quando, muito embora regularizado, a descrição do imóvel constante do contrato de compromisso de compra e venda não confere com a matrícula do lote compromissado; quando há violação ao princípio da continuidade do registro, em que o outorgante, promitente vendedor, não consta do registro como titular do direito real; quando, por força do princípio da prioridade registral, há direito real registrado de natureza incompatível com o direito obrigacional do promitente comprador, como a hipoteca.

O compromissário sem registro fica na situação de poder exigir unicamente do promitente vendedor a prestação de fazer, consubstanciada na efetivação, na concretização do contrato definitivo, ou de postular a declaração da vontade negocial imprescindível à celebração desse último contrato. Poderá pleitear junto aos órgãos jurisdicionais, uma sentença que produza os efeitos da declaração negocial eventualmente faltosa, desde que o imóvel ainda se encontre registrado em nome do promitente vendedor, por não haver o direito de seqüela sobre o bem. Isto é, se o promitente vendedor alienar o imóvel ou constituir um direito real em favor de terceiro — como a hipoteca, o usufruto ou qualquer outra forma onerar o imóvel — ou o tiver judicialmente apreendido com a efetivação inclusive do respectivo registro imobiliário, não poderá o promitente comprador, sem posse do imóvel, fazer prevalecer contra os demais o seu direito obrigacional, tendo em vista os princípios da prioridade registral e da continuidade, considerando o fato de que adquiriu a propriedade plena. Esse aspecto tem especial relevância no que se refere aos limites e possibilidades de tutela do promitente comprador através dos embargos de terceiro.

Desse modo, caso o promitente vendedor aliene ou onere o imóvel prometido à venda, em detrimento do direito obrigacional do promitente comprador, verificar-se-á a impossibilidade da prestação, acarretando o conseqüente impedimento do exercício do direito de execução específica oriundo do contrato de compromisso, porque o órgão jurisdicional não poderá suprir os efeitos da declaração de vontade omitida pelo promitente vendedor, através da sentença, para determinar a transmissão da propriedade, se ela já não se encontra na titularidade do compromitente. Nesse caso, o compromissário terá o ônus¹⁹⁰ de provar que o imóvel ainda se encontra registrado em nome do promitente vendedor e isento de qualquer limitação ou oneração ao seu direito de propriedade.

¹⁹⁰ Ônus é o encargo que pesa sobre a parte, cabendo-lhe, caso não queira sujeitar-se a prejuízo, desincumbir-se dele. O ônus difere da obrigação, porque não existe em relação a outrem, mas a si próprio, por isso satisfazê-lo é de interesse do próprio onerado.

Caso o bem objeto do compromisso já não pertença ao promitente vendedor e não sendo o promitente comprador titular de um direito obrigacional com eficácia real decorrente da averbação ou do registro do contrato de compromisso, não poderá exercitar o direito de seqüela. Isso não o impede, contudo, de estando na posse do imóvel, demandar em sede de interditos possessórios, assim como de ter a sua posse respeitada em face de apreensão judicial¹⁹¹. A particularidade de não ter providenciado o registro do compromisso o impossibilita de fazer realizar coativamente a prestação obrigacional que o promitente vendedor deixou de adimplir, justamente por ser titular de um direito exclusivamente obrigacional, de vínculo *inter partes*, não prevalecente sobre o direito real ou direito obrigacional com eficácia real de terceiro adquirente. Mas, repita-se, isso não o impede de, estando na posse do imóvel, vê-la respeitada por terceiros e pelos órgãos jurisdicionais. Sobre esse aspecto, é interessante a ponderação de Mário Júlio de Almeida COSTA de que “a execução específica resulta inviabilizada quando o contrato-promessa se apresenta dotado de mera eficácia obrigacional e o promitente-vendedor transmite a coisa a terceiro: como a venda que o promitente depois realizasse à contraparte, a sentença judicial obtida em sua substituição conduziria a uma venda de coisa alheia”¹⁹².

Haverá impossibilidade jurídica do pedido por perda de objeto da prestação da obrigação definitiva. Restará ao compromissário o direito de pleitear indenização por perdas e danos resultantes do inadimplemento do compromitente. Sob o aspecto obrigacional, não terá o promitente comprador como pleitear a execução específica do contrato, mas a sua posse terá condições, conforme as circunstâncias, de embasar o pedido de liberação através de embargos de terceiro, face a qualquer ato de apreensão judicial.

¹⁹¹ Situação semelhante ocorreu no caso julgado na Apelação Cível n. 1283/85, que pode ser consultada no anexo, página 173.

¹⁹² COSTA, Contrato-promessa, p. 51.

3.4.1 Vantagens do registro

A posição jurídica do compromissário será muito mais confortável caso ele registre ou averbe o contrato de compromisso na matrícula, hipótese em que passará a ser titular de uma obrigação com eficácia real. Uma vez registrado o contrato de compromisso, o promitente comprador passa a ser titular de um direito oponível a qualquer terceiro, que adquira, do promitente vendedor, o objeto da prestação do contrato prometido ou tenha o imóvel onerado em seu benefício, como é o caso do credor hipotecário. Resultará, desse modo, para o promitente comprador, um direito obrigacional com eficácia real. O promitente comprador poderá, mediante o exercício do seu direito obrigacional, eficaz *erga omnes*, adquirir direta e imediatamente, através de decisão judicial, sem a necessidade da cooperação do promitente vendedor, a propriedade plena do bem objeto da promessa, uma vez que o seu direito é oponível a todos aqueles que, posteriormente ao registro do contrato de compromisso, tenham adquirido do promitente vendedor o objeto da prestação da obrigação do contrato prometido.

Nas circunstâncias, ainda que o oficial do cartório de registro de imóveis admita o registro de um título em favor de eventual terceiro adquirente, o que levaria à impossibilidade de cumprir a obrigação, poderá o promitente comprador opor o seu direito para pleitear a execução específica da obrigação.

Não será o caso de o promitente comprador se utilizar da ação de adjudicação compulsória contra o promitente vendedor e da ação reivindicatória em relação ao terceiro adquirente, uma vez que ainda não é titular do direito de propriedade do imóvel; cabe-lhe, sim, postular contra ambos — o promitente vendedor e o terceiro adquirente — o exercício do direito obrigacional dotado de eficácia real decorrente do compromisso registrado.

A existência de obrigação com eficácia real impõe reconhecer necessariamente a possibilidade do exercício do direito à execução específica, característica da oponibilidade diante de terceiros que o registro lhe confere, o que não ocorrerá se o vínculo for exclusivamente obrigacional.

A eficácia real conferida pelo registro imobiliário do compromisso importa reconhecer que o direito do promitente comprador não será afetado por atos de alienação ou oneração da coisa efetivados pelo promitente vendedor posteriormente à inscrição da promessa. O promitente comprador poderá, sempre, através de execução específica, mesmo contra a vontade do obrigado e de terceiros, obter o direito real que o promitente vendedor se obrigou a transmitir.

Com o registro do contrato de compromisso de compra e venda, o direito obrigacional do promitente comprador prevalecerá diante de todo e qualquer direito que, com ele, seja incompatível, cuja data de registro lhe seja posterior, o qual deverá ser cancelado por determinação judicial, força do princípio da prioridade registral.

3.4.1.1 Natureza da ação de adjudicação compulsória

Através da ação de adjudicação compulsória¹⁹³, o promitente comprador visa obter dos órgãos jurisdicionais do Estado sentença que supra a declaração de vontade do promitente vendedor inadimplente, uma vez que o ordenamento jurídico nacional reconhece a possibilidade de execução em forma específica do compromisso de contratar. Nesse caso, a sentença proporcionará os mesmos efeitos que a declaração de vontade recusada produziria.

Conforme Ricardo Arcoverde CREDIE, a ação de adjudicação compulsória é “ação pessoal que pertine ao compromissário comprador, ou ao cessionário dos seus direitos à aquisição, ajuizada em relação ao titular do domínio do imóvel — (que tenha prometido vendê-lo através de contrato de compromisso de compra e venda e se omitiu quanto à escritura definitiva) — tendente ao suprimento judicial

¹⁹³ A adjudicação compulsória será examinada no âmbito do presente trabalho exclusivamente dentro dos limites do tema proposto. Naquilo que escapa ao âmbito da matéria, recomenda-se consulta às obras mencionadas de Ricardo Arcoverde CREDIE e Arnaldo MARMITT.

dessa outorga, mediante sentença constitutiva com a mesma eficácia do ato não praticado¹⁹⁴.

Esclarece Arnaldo MARMITT que

“o termo ‘adjudicação’ provém do vocábulo latino *adjudicatio*, com a primitiva significação de dar algo por sentença, de ato transferidor de coisa do patrimônio de um para o de outrem. Em essência, a adjudicação compulsória é simples processo de execução da obrigação de prestar declaração de vontade. É o expediente pelo qual se obtém a satisfação de uma obrigação de fazer, de prestar declaração de vontade, através de uma sentença com os mesmos efeitos da declaração omitida.”¹⁹⁵

A adjudicação compulsória é o meio através do qual se obtém, em sentença jurisdicional, a outorga do título equivalente ao prometido no contrato. Esse título será hábil para transferir o domínio através do respectivo registro, em substituição à vontade prometida, porém, omitida ou injustificadamente recusada, que se obrigara a realizar o comprometente vendedor através do contrato definitivo de compra e venda.

Segundo Arnaldo MARMITT, a ação de adjudicação compulsória ou ação de execução de prestar declaração de vontade é uma simbiose de ação de conhecimento e de execução. Pretende-se, por meio dela, a execução da obrigação de fazer constante do compromisso de compra e venda, o que lhe confere caráter de ação pessoal, não se cogitando de solucionar questões de índole real.¹⁹⁶ Essa também é a conclusão de Arcoverde CREDIE, para quem o fato de a ação ter mediatamente uma direção real — porque o direito que advém da procedência do pedido pode transferir a propriedade — não a transforma de ação pessoal em real.¹⁹⁷

Trata-se de ação executiva específica, simultaneamente desconstitutiva e constitutiva, por extinguir o compromisso e dar surgimento ao contrato definitivo

¹⁹⁴ CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Adjudicação compulsória*. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. p. 32.

¹⁹⁵ MARMITT, *Adjudicação compulsória*, p. 21-22.

¹⁹⁶ MARMITT, *Adjudicação compulsória*, p. 35.

¹⁹⁷ CREDIE, p. 83.

ou, a seu equivalente, a sentença. Com a prolação do veredicto, desconstitui-se o contrato preliminar para fazer surgir o título definitivo de transferência da propriedade.

Na ação de adjudicação compulsória, a causa de pedir evidencia-se do compromisso de compra e venda, quitado, irretratável e irrevogável, com base no qual se postula o título definitivo prometido ao promitente comprador. Em virtude do inadimplemento do promitente vendedor, cabe ao compromissário manifestar perante os órgãos jurisdicionais a pretensão de extrair do conteúdo do contrato os efeitos decorrentes de sua natureza e finalidade. Há um direito obrigacional atuando em desfavor do devedor faltoso. Impõe-se, portanto, que a adjudicação compulsória decorre das conseqüências obrigacionais estabelecidas no contrato, tratando-se de ação de natureza pessoal e não real.

Em relação a bens imóveis não loteados, a inexistência de cláusula de arrependimento é condição da ação de adjudicação compulsória, sendo também requisito do próprio compromisso a outorga conjugal em relação ao promitente vendedor.

É importante observar que ao Estado não incumbe o aperfeiçoamento do contrato no lugar das partes, cabendo-lhe apenas tornar atual o querer manifestado no compromisso de compra e venda. A respeito da questão, Mário Júlio de Almeida COSTA, ao analisá-la no direito lusitano, explica que o problema da existência de pontos omissos no contrato prometido é situação que ocorre com frequência, porque as partes muitas vezes não se encontram em condições de acordar sobre todos os aspectos do negócio definitivo, cuja concretização pretendem.¹⁹⁸

A ausência de outorga conjugal por parte do promitente vendedor é exemplo disso, por igualmente constituir óbice à obtenção da adjudicação compulsória. A falta de vênua conjugal não implica a nulidade do compromisso, porque o consentimento poderá ser outorgado ao ocorrer a celebração do contrato

¹⁹⁸ COSTA, Contrato-promessa, p. 52.

definitivo, havendo em realidade verdadeira obrigação do promitente vendedor de conseguir a anuência do cônjuge. A sua ausência, entretanto, levará à impossibilidade jurídica do pedido do autor em ação de adjudicação compulsória, porque o Estado, através da sentença, substitui exclusivamente a declaração de vontade prometida. Não lhe cabe aperfeiçoar o contrato em qualquer dos requisitos indispensáveis à sua plena validade, nomeadamente quando nem mesmo o marido poderia realizar o contrato definitivo sem o consentimento da mulher. Conclui-se que o direito à adjudicação advém do efeito obrigacional do contrato, exercitável em relação ao promitente vendedor por lhe pertencer o domínio.

Sem a concordância conjugal, o promitente vendedor não pode vender, o que torna inválido o compromisso. Nesse sentido, o Código Civil, em seu artigo 235, inciso I, e artigo 242 e seus incisos, proíbe que qualquer dos cônjuges grave com ônus reais os seus imóveis sem a anuência do outro, independente do regime de bens do casamento.¹⁹⁹ Assim, quando o promitente vendedor se obriga a vender o imóvel sem estar autorizado pelo cônjuge, haverá verdadeira promessa de fato de terceiro, em que este não fica necessariamente obrigado a consentir. Sobre o assunto, Mário Júlio de Almeida COSTA manifesta-se opinando que a execução específica se torna impraticável, porque não cabe ao tribunal ou ao juiz, na decisão, substituir o cônjuge não participante do contrato de compromisso de compra e venda, restando ao promitente comprador, unicamente o caminho da indenização.²⁰⁰

A quitação do preço é condição da ação de adjudicação compulsória, requisito essencial para a ação poder prosperar. Trata-se de condição básica e indispensável. Operada a integralização do preço, entende-se impossível o exercício

¹⁹⁹ “Art. 235. O marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens: I - Alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ou direitos reais sobre imóveis alheios. [...] Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido: I - Praticar os atos que este não poderia sem consentimento da mulher. II - Alienar ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime de bens. III - Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem. IV - Contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal.” Quanto ao efeito da alienação sem a outorga uxória, dispõe o “Art. 239. A anulação dos atos do marido praticados sem a outorga da mulher, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada por ela, ou seus herdeiros (art. 178, § 9º, n. I, “a”, e n. II)”. Foge ao propósito do presente trabalho questionar a constitucionalidade ou não desses dispositivos legais.

²⁰⁰ COSTA, Contrato-promessa, p. 61.

da faculdade de arrependimento por parte do promitente vendedor, no caso de tratar-se de imóvel não loteado, uma vez que nos loteados o arrependimento é inadmissível por força de lei. Essa inadmissibilidade foi consagrada no enunciado da Súmula 166 do Supremo Tribunal Federal²⁰¹.

A existência de cláusula de arrependimento é fato impeditivo da pretensão postulada, porquanto o pedido ficaria prejudicado em face da possibilidade de desistência por parte do vendedor, salvo se houver a decadência do exercício do direito de arrependimento, no caso de não ter sido essa faculdade exercida antes do vencimento da última prestação ou, quando integralmente quitado o preço, não houver ressalva nesse sentido no recibo de pagamento²⁰².

3.4.1.2 Registro do contrato e exercício da adjudicação compulsória

É forçoso ter presente que o registro ou a inscrição do compromisso de compra e venda, conforme anteriormente exposto, confere eficácia real ao direito meramente obrigacional decorrente do compromisso. Por efeito do registro, fica restrita, porém não proibida, a faculdade de disposição do bem objeto do compromisso. Desse modo, dotado de eficácia real, o direito dominial do promitente vendedor esteriliza-se, podendo, contudo, voltar à plenitude, caso o contrato seja rescindido ou resolvido, por não ser o compromissário, ainda, proprietário do imóvel.

²⁰¹ Súmula 166 do STF: “É inadmissível o arrependimento de compromisso de compra e venda ao regime do Decreto-Lei nº 58”.

²⁰² Conforme Fernando de NORONHA, a pretensão do exercício do direito de arrependimento por parte do promitente vendedor, uma vez quitado o preço, representa abuso de direito. É caracterizado por comportamento contraditório, quando cria na contraparte uma confiança justificada de que não exercerá esse direito e posteriormente busca fazê-lo valer. O não exercício oportuno teria o efeito de extinguir o direito então existente. Em outros termos, o exercício de determinado direito se apresenta inadmissível quando conflita com o sentido que, razoavelmente, segundo a boa-fé, se podia inferir de conduta anterior. Nesse caso haverá violação do princípio da boa-fé objetiva (lealdade): (op. cit., p. 183-186). A esse respeito, ao tratar do conflito entre a manifestação de vontade e a declaração — intenção (subjetivismo) —, como critérios de interpretação, Antônio Junqueira de AZEVEDO destaca haver decisões que utilizam o princípio da boa-fé, paralelamente ao da intenção, para interpretar o negócio. Para obter maiores detalhes em relação à questão, consulte-se a sua obra intitulada *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*, p. 117, especificamente na sua nota de rodapé n. 153.

A averbação ou o registro, como antes exposto, confere oponibilidade *erga omnes* ao direito obrigacional do promitente comprador. Assegura-se, assim, de maneira absoluta, o exercício da ação de adjudicação contra o promitente vendedor. Consoante as palavras de Orlando GOMES e Antunes VARELA, uma vez obtida a sentença de adjudicação compulsória e levada a registro, “os efeitos da transcrição retroagem à data da celebração do compromisso, razão pela qual a alienação ou oneração posterior ao registro do contrato de compromisso são tratados como atos de disposição a *non domino*, o que permite ao compromissário reivindicar o imóvel do adquirente e considerar ineficazes a hipoteca, o usufruto e qualquer outro direito real constituído em relação ao imóvel”²⁰³.

Não se justifica seja considerado o registro requisito indispensável para o exercício do direito de adjudicação compulsória²⁰⁴, já que, como exposto, trata-se de ação de natureza pessoal, em que esse direito decorre da obrigação assumida pelo promitente vendedor de celebrar o contrato definitivo.

Esse argumento é reforçado no caso de ser o promitente vendedor quem cria embaraços para o promitente comprador poder registrar o contrato. O registro, como exposto, visa dar oponibilidade diante de terceiros ao direito obrigacional do promitente comprador, não deve, por isso, ser considerado requisito indispensável à adjudicação.²⁰⁵

Não é a ação de adjudicação compulsória que transfere o domínio, muito menos o cria, pois ela visa tão somente suprir a declaração de vontade faltosa, cujos efeitos pretende o promitente comprador sejam substituídos pela sentença. O

²⁰³ GOMES; VARELA, p. 111.

²⁰⁴ Em algumas decisões o registro tem sido considerado condição imprescindível para o deferimento da adjudicação, como no julgamento da Apelação 277.663 (v. anexo, p. 161) e do Recurso Extraordinário 89.864-RJ (v. anexo, p. 163).

²⁰⁵ Têm esse sentido as considerações de Pedro Henrique Távora NIESS (A questão do registro do compromisso de compra e venda. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 636 p. 46-57) e de Darcy BESSONE em *Da compra e venda*, p. 116-120.

veredicto, portanto, não pode conferir ao promitente comprador, mais do que lhe possibilita o instrumento de compromisso de compra e venda.

A averbação ou o registro do contrato de compromisso de compra e venda não se justifica como essencial ao exercício do direito de execução específica do contrato. O direito de adjudicação compulsória decorre da obrigação pessoal assumida pelo promitente vendedor, de celebrar o contrato definitivo, manifestada no instrumento de contrato de compromisso. Pode haver direito à adjudicação sem existir eficácia contratual diante de terceiros, diante da ausência do registro ou averbação. Assim, também, pode haver eficácia real sem haver direito à execução específica do contrato, quando ainda não quitado o compromisso ou for ainda possível o exercício da faculdade de arrependimento pelo promitente vendedor.

O registro tem a finalidade de produzir efeitos perante terceiros, é ele que confere eficácia real ao direito obrigacional decorrente do compromisso, com a qualidade de valer *erga omnes*. A recusa injustificada de seu cumprimento, pelo promitente vendedor, não impede a propositura da referida ação pelo promitente comprador, se o imóvel ainda integra, sem nenhum ônus real, o patrimônio do devedor.

Desde que não configurado direito real em nome de outrem — como na hipótese de o imóvel ter sido vendido pelo promitente vendedor através de escritura pública de compra e venda a terceiro adquirente, com o registro na respectiva matrícula e a conseqüente transmissão da propriedade imóvel —, ou que não se haja instituído ou pactuado qualquer ônus sobre o imóvel — como o hipotecário, por exemplo, já que o compromissário está a adquirir a propriedade plena —, não haverá motivo para negar o direito à adjudicação. Do contrário, deverá ser julgada improcedente a ação de adjudicação compulsória, cabendo ao promitente comprador o direito à rescisão contratual cumulada com as respectivas perdas e danos.

É equivocado, diante do exposto, o entendimento de que a ação de adjudicação pressupõe necessariamente o registro do contrato de compromisso de

compra e venda no registro de imóveis, pois a inscrição do compromisso se destina a fazer valer o negócio contra terceiros, não se apresentando como requisito indispensável do direito à adjudicação. A inscrição do contrato de compromisso de compra e venda no registro imobiliário destina-se exclusivamente a acautelar o promitente comprador quanto a futuras alienações ou onerações do imóvel compromissado à venda.

Esse é o entendimento de Almeida COSTA em referência ao direito português, ao afirmar que a lei não conjuga a eficácia real do contrato-promessa com a execução específica, embora a eficácia real acarrete necessariamente a possibilidade de execução específica coativa do contrato.²⁰⁶

Conforme Pedro Henrique Távora NIESS “negar o direito à adjudicação em razão da falta de registro, sem que haja interesse de terceiro significa premiar injustificadamente o promitente de má-fé, que, com hipocrisia, reclama da lei a proteção à sua injustificável inadimplência”²⁰⁷.

Também Orlando GOMES e Antunes VARELA asseveram que “já não faz sentido que o registro — *apenas destinado, em princípio, a garantir a eficácia de certos atos em relação a terceiros* — seja essencial ao direito de adjudicação compulsória do promissário comprador em face do juiz (ou do promitente vendedor)”, pois que tal exigência estaria em contradição com o disposto nos artigos 639 e 641 do Código de Processo Civil, os quais não requerem o registro para a execução específica do contrato.²⁰⁸

²⁰⁶ COSTA, Contrato-promessa, p. 62.

²⁰⁷ NIESS, Pedro Henrique Távora NIESS, p. 50

²⁰⁸ GOMES; VARELA, p. 108. “Art. 639. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado; Art. 640. Tratando-se de contrato, que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte, que a intentou, não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível; Art. 641. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida”.

O disposto no artigo 23 do Decreto-Lei 58/37, por outro lado, diz respeito unicamente ao registro de loteamento, condição específica para permitir a venda dos lotes, não se referindo especificamente a adjudicação compulsória ou a registro do contrato de compromisso por parte do adquirente²⁰⁹.

A interpretação a ser conferida aos dispositivos anteriormente descritos deve ser consentânea com os artigos 639 a 641 do Código de Processo Civil²¹⁰. De outro modo, negar a adjudicação por ausência do registro do contrato de compromisso poderia efetivamente estimular a má-fé do promitente vendedor, eis que poderia prevalecer-se para explicar um inadimplemento não justificável. Pensam dessa maneira, entre outros, José Osório de AZEVEDO JUNIOR, Darcy BESSONE, Mário Aguiar MOURA, Orlando GOMES e Araken de ASSIS, entendimento com o qual se compartilha.²¹¹

Não se trata de, com isso, negar valor ao registro, pois, como foi demonstrado, a sua efetivação representa uma cautela que visa prevenir o compromissário contra possíveis atos de má-fé do compromitente, porquanto permitirá a adjudicação ainda que o promitente vendedor infrinja a obrigação assumida em decorrência de alienação ou oneração do imóvel a favor de terceiro.

A alienação do bem prometido, a venda feita a terceiro deverá ser tratada à semelhança de uma venda a *non domino*, ficando sujeita à ineficácia em relação ao compromissário com contrato registrado. Por isso, com razão assevera Darcy BESSONE que a finalidade do registro da promessa de compra e venda é garantir o credor (compromissário) contra atos do devedor (compromitente) constitutivos de direitos reais em favor de terceiros que possam prejudicá-lo, embora essa garantia não se configure no sentido jurídico próprio do termo.²¹²

²⁰⁹ V. nota de rodapé n. 162 na página 97.

²¹⁰ V. nota de rodapé n. 208 na página 122.

²¹¹ AZEVEDO JUNIOR, *Compromisso de compra e venda*, p. 29; BESSONE, *Da compra e venda*, p. 147 e ss.; MOURA, *Promessa de compra e venda*, p. 338; GOMES, *Direitos reais*, p. 308-310; ASSIS, Araken de, *Manual do Processo de Execução*, 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 403.

²¹² BESSONE, *Direitos reais*, p. 438.

Em resumo, uma vez decretada a adjudicação compulsória, os efeitos reais do contrato definitivo consideram-se produzidos desde a data do registro ou da inscrição da promessa, prevalecendo sobre todo e qualquer outro direito ou ato conflitante, adquirido ou produzido posteriormente por terceiro.

Dentre esses direitos ou atos inconciliáveis, praticados posteriormente à celebração do compromisso, cabe examinar aqueles oriundos de determinação jurisdicional, especialmente a penhora, que mais freqüentemente se apresenta no cotidiano forense.

4 APREENSÃO JUDICIAL DA POSSE E DEMAIS DIREITOS PELA PENHORA: FINALIDADES E CONSEQUÊNCIAS PARA O PROMITENTE COMPRADOR

No estudo dos limites e das possibilidades de tutela do promitente comprador, é necessário considerar a situação do promitente vendedor que, por não ter quitado os seus débitos no momento oportuno, tem o imóvel compromissado à venda judicialmente apreendido em decorrência de determinação judicial, sob o fundamento de que a titularidade do domínio ainda integra o seu patrimônio, face ao que consta do registro imobiliário.

Examinar essa questão impõe fazer referência aos atos jurisdicionais que ocasionam turbção ou o esbulho da posse do promitente comprador e, simultaneamente, envolvem a violação do seu direito obrigacional, direito esse que pode apresentar-se com a qualidade de eficácia *erga omnes*, quando registrado ou averbado na matrícula, perante o cartório de registro de imóveis, conforme exposto no capítulo anterior.

Dentre os diversos atos de apreensão judicial — como o depósito, o arresto, o seqüestro, o arrolamento, o inventário, a partilha, a alienação judicial, a arrecadação judicial de bens —, o que mais habitualmente se apresenta e, por isso mesmo, sobressai no exame da matéria, é, sem dúvida, a penhora. Essa é a causa pela qual esse instituto de direito processual será analisado no decorrer do presente capítulo.

4.1 CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTES PARA A TUTELA DIANTE DA PENHORA

Consoante doutrina de Enrico Tullio LIEBMAN, a penhora tem por finalidade individualizar e apreender os bens que se destinam aos fins da execução, visando a se conservarem na situação em que se encontram, evitando sejam

ocultados, deteriorados ou mesmo alienados em seu prejuízo. Define-a nos seguintes termos: “A penhora é o ato pelo qual o órgão judiciário submete a seu poder imediato determinados bens do executado, fixando sobre eles a destinação de servirem à satisfação do direito do exeqüente”²¹³. A penhora representa, pois, a apreensão judicial de bens para a satisfação de débito.

Luiz Carlos de AZEVEDO a explica como o ato pelo qual determinados bens integrantes do patrimônio do devedor inadimplente ficam sujeitos ao juízo da execução, para o fim de satisfação do débito, independente da vontade do devedor.²¹⁴

A penhora apresenta a característica de conservar direitos, significa a preservação do direito do credor, para serem afetados determinados bens do devedor com vista à satisfação do débito, refletindo o poder de coerção do Estado para fazer atuar a sanção face ao descumprimento de obrigação.

Segundo Artur Anselmo de CASTRO, a penhora consiste numa série de atos que, em conjunto considerados, formam um procedimento próprio no processo de execução, composto das seguintes etapas: a escolha de bens, a determinação de sua apreensão; a efetivação da apreensão nas diferentes formas ou maneiras como se realiza, conforme a espécie e a natureza dos bens, especialmente com a sua publicidade através do registro, quando a ele sujeitos.²¹⁵

Para Araken de ASSIS, a penhora “é o ato executivo que afeta determinado bem à execução, permitindo a sua ulterior expropriação, e torna os atos de disposição do seu proprietário ineficazes em face do processo”²¹⁶.

Através da penhora se escolhem no patrimônio do responsável pelo débito os bens que servirão à satisfação do exeqüente. Ela tem dupla função: conservadora

²¹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo : Saraiva, 1980. p. 123-124.

²¹⁴ AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Da penhora*. Osasco : Resenha Universitária, 1994. p. 119-121.

²¹⁵ CASTRO, Artur Anselmo de. *A ação executiva singular, comum e especial*. 2. ed. Coimbra : Coimbra, 1973. p. 126.

²¹⁶ ASSIS, Manual do processo de execução, p. 444.

e preparatória. Conservadora porque com ela o devedor estará ciente de que não poderá subtrair os bens descritos no respectivo auto aos fins de garantia da futura alienação judicial, para o pagamento do débito. Preparatória porque representa o primeiro dos atos de constrangimento ou coação do processo de execução, caracterizado por vincular os bens aos seus fins.

Com a apreensão judicial, modifica-se a posição jurídica do bem penhorado, porque ela é acompanhada de atos materiais destinados a assegurar a consecução dos seus efeitos, nomeadamente o de tirar o bem da esfera de ação do executado, para entregá-lo ao depositário. Com a sua concretização tem imposição sobre determinados bens integrantes do patrimônio do devedor um vínculo de caráter processual, de modo que ficam sujeitos ao poder sancionatório do Estado para servirem à satisfação do exequente. Nessa fase executória está presente o interesse público de que a prestação jurisdicional seja efetivamente concretizada, de forma que o processo se apresente como instrumento confiável e eficaz de realização da justiça.

Para Ovídio A. Baptista da SILVA, a penhora corresponde ao ato de apreensão e depósito de bens do executado, com o objetivo de satisfazer o direito do credor, de modo que se imprima no bem constricto a responsabilidade executória. O vínculo que o executado tem sobre o bem — no caso sob exame, o direito de propriedade do promitente vendedor —, coexiste intacto na sua essência, paralelamente ao vínculo público processual imposto pelo ato da penhora sobre o imóvel.²¹⁷

Com a lavratura do respectivo auto e do seu registro, surge para o primeiro credor penhorante um direito de preferência em relação aos posteriores credores.²¹⁸ Na hipótese de se efetivarem várias penhoras sobre o mesmo bem, fará

²¹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1993. v. 2, p. 59-62.

²¹⁸ Conforme Código de Processo Civil: “Art. 612. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”, e “Art. 613. Recaindo mais de uma penhora sobre os mesmos bens, cada credor conservará o seu título de preferência”.

jus com prioridade ao levantamento do dinheiro depositado — produto da alienação judicial — aquele que primeiramente obteve o registro da apreensão, por dever ser respeitada a ordem das prelações, a anterioridade do registro das penhoras.

Das definições acima, a noção de penhora tida por apropriada para os fins do presente estudo é a de que ela corresponde ao ato de apreensão e depósito dos bens do executado para que, com a sua posterior avaliação e alienação judicial, seja satisfeito o direito do credor.

Nota-se que a penhora pode dar-se por nomeação — quando o devedor indica os bens integrantes de seu patrimônio para serem apreendidos. Nesse caso a lei lhe confere o direito de apresentar ao juízo os bens relativamente aos quais deseja recaia a apreensão judicial, conforme a sua conveniência, de modo que a execução se processe de maneira menos gravosa para si, respeitadas as diretivas impostas pelos artigos 655 e 656 do estatuto processual civil.²¹⁹

Não realizada a nomeação pelo devedor, a penhora será executada coativamente sobre os bens que o oficial de justiça localizar ou forem indicados pelo exeqüente, ainda integrantes do patrimônio do executado.

Para avaliar as possibilidades de proteção, de tutela da posição jurídica do promitente comprador em face da pretensão do terceiro exeqüente que nomeia à penhora o bem compromissado, tem especial relevância considerar a data da celebração do compromisso de compra e venda, a imissão ou não do promitente comprador na posse imediata do imóvel compromissado e a data do registro do direito obrigacional. A partir desses elementos, será possível verificar as possibilidades de oposição do direito obrigacional do compromissário ou de sua posse, caso tenha sido imitado conforme cláusula contratual.

²¹⁹ » Art. 655. Incumbe ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem: I. dinheiro; II. pedras e metais preciosos; III. títulos da dívida pública da União e dos Estados; IV. títulos de crédito, que tenham cotação em bolsa; v. móveis; VI. veículos; VII. semoventes; VIII. imóveis; IX. navios e aeronaves; X. direitos e ações. Art. 656. Ter-se-á por ineficaz a nomeação, salvo convindo o credor: I. se não obedecer à ordem legal; II. se não versar sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento; III. se, havendo bens no foro da execução, outros hajam sido nomeados; IV. se o devedor, tendo bens livres e desembaraçados, nomear outros que o não sejam; v. se os bens nomeados forem insuficientes para garantir a execução; VI. se o devedor não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações a que se referem os ns. I a IV do § 1º do artigo anterior».

Como a penhora visa a alienação judicial dos bens constritos, para com o seu produto se aperfeiçoar o pagamento do credor exequente, cabe preliminarmente esclarecer, no que se refere ao executado, sobre a possibilidade ou não de alienação do bem imóvel objeto da penhora. Essa análise se justifica tendo em vista que a futura alienação é uma das finalidades do compromisso de compra e venda, celebrado entre o promitente vendedor executado e o promitente comprador em data anterior à da efetivação da apreensão judicial.

4.1.1 Ineficácia da alienação de bens judicialmente apreendidos

Embora uma das finalidades da penhora seja a de manter os bens na mesma situação em que se encontravam quando da sua apreensão, ela não implica a inalienabilidade absoluta deles, mas vincula-os especificamente à execução. Há, então, a sujeição específica do objeto à execução do julgado.²²⁰

Poderá, conforme o caso, haver ineficácia do ato de disposição na eventualidade de o devedor proceder à alienação do bem sujeito a essa apreensão, em detrimento do credor exequente, a partir do momento da efetivação da penhora, conforme os termos do artigo 664 do estatuto processual civil.²²¹

A afetação executória acompanha o bem, de maneira que a alienação judicial se efetivará embora o imóvel não mais pertença ao executado — no caso em exame, ao promitente vendedor. Em realidade, se o credor já está protegido em relação à fraude na alienação de bens, pelo simples fato da pendência de uma demanda judicial, maior é o resguardo que se lhe outorga contra a alienação realizada após iniciada a execução, especialmente após a concretização da penhora, pelo que se prescinde de averiguação de insolvência do devedor-executado. Nesse

²²⁰ Nesse sentido, veja-se a advertência de Cândido Rangel DINAMARCO de que: “Inexiste dispositivo legal ou razão jurídica para que a penhora impeça a alienação do bem penhorado. Ela tem a dúplice função de especificar o bem sobre que incide a concreta responsabilidade e assegurá-lo para a expropriação forçada, mediante a sujeição às medidas executivas”. (Execução civil. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 286).

²²¹ “Art. 664. Considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens, lavrando-se um só auto se as diligências forem concluídas no mesmo dia. Parágrafo único. Havendo mais de uma penhora, lavrar-se-á para cada qual um auto.”

caso o reconhecimento da ineficácia da alienação do bem objeto da apreensão judicial não fica condicionado à prova da insolvência do devedor.

Na hipótese de venda ou oneração dos bens afetados pela penhora e sujeitos à execução, não será de se cogitar de nulidade absoluta, mas de um ato ineficaz em relação ao processo executivo e ao credor. Não há óbice legal que impeça ou prive o proprietário do exercício da faculdade de dispor do bem penhorado; há, entretanto, restrição a essa liberdade unicamente em relação ao processo de execução. O executado não pode praticar atos, em relação aos bens ou ao imóvel apreendido, que comprometam os fins do processo executivo, sob pena de se configurar fraude. Observe-se não haver necessidade de solene comunicação ao executado para que se abstenha de subtrair o bem em relação ao referido processo, pois a limitação ao poder de dispor deriva da lei.

A venda ou qualquer oneração que o devedor praticar só terá eficácia entre as partes, conforme pondera Arnaldo MARMITT: “Não haverá absolutamente nenhum efeito de ordem material quanto ao processo executório, que continuará tramitando normalmente, como se aquele negócio inexistisse”²²².

Do mesmo teor são as observações de Artur Anselmo de CASTRO sobre a penhora:

Paralelamente, assegura a viabilidade e eficiência desses actos, através da apreensão dos referidos bens, (o acto propriamente dito da penhora) com a qual os bens são retirados da disponibilidade material do devedor e subtraídos à sua disponibilidade jurídica, pela *ineficácia em relação à execução* de todos os actos jurídicos que pratique e que os tenham por objecto, e que assim mantidos no estado e situação jurídica em que foram encontrados, chegarão inalterados a final.²²³

Caso haja qualquer ato de disposição sem que o direito do credor tenha sido satisfeito, ele é considerado ineficaz, não se impedindo o prosseguimento da execução em relação ao bem, permanecendo sujeito ao poder do Estado para satisfação do credor em decorrência do vínculo processual. O direito de propriedade

²²² MARMITT, Arnaldo. *A penhora : doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro : Aide, 1992. p. 18.

²²³ CASTRO, p. 124.

do executado fica paralisado, não podendo, em relação aos bens, praticar atos que comprometam ou prejudiquem os fins do processo executivo, sob pena de ineficácia.

Contudo, se por qualquer outro motivo o processo de execução é extinto ou anulado, desconstituída deve ser a penhora, hipótese em que já não haverá como falar em ineficácia da alienação. Com a penhora, há uma indisponibilidade relativa, porque é possível devolver eficácia ao negócio jurídico dispositivo, caso ocorra a quitação do débito ou haja a substituição do bem apreendido por outro de igual ou maior valor.

Não se admite falar em impossibilidade do exercício da faculdade de dispor do bem penhorado, porquanto, sob o aspecto material do direito, a alienação que eventualmente se fizer será perfeita e válida. Apenas o negócio jurídico poderá ficar sujeito a ineficácia relativa em decorrência do vínculo jurídico processual. Essas afirmações são baseadas no fato de poder o devedor efetuar o pagamento integral do débito, as custas processais e os honorários advocatícios com o produto da alienação, extinguindo-se o processo de execução e conseqüentemente a penhora, desfazendo-se a afetação.

Isso demonstra que a alienação do bem penhorado não implica necessariamente a imediata configuração de fraude de execução, com a imediata ineficácia do ato de disposição, independente da boa ou má-fé do terceiro adquirente.²²⁴

A penhora, em geral, não prejudica as relações jurídicas de direito material eventualmente concretizadas, pois não afeta a integralidade do conteúdo do direito de propriedade do devedor sobre os bens por ela abrangidos. A respeito José da Silva PACHECO sustenta que “não ocorre nulidade ou sequer anulabilidade das alienações de coisas penhoradas, levadas a efeito pelo devedor, sem ordem ou

²²⁴ A alienação de bem penhorado constitui forma particular e grave de fraude de execução.

autorização do juiz, as quais podem ser ineficazes em relação ao credor exeqüente, que através do Estado apreende o bem penhorado”²²⁵.

A alienação de bens penhorados subsiste e tem plena validade, ficando porém sujeita à declaração de ineficácia no que tange à execução. Se por qualquer motivo já não houver fundamento para o prosseguimento da execução — seja devido ao pagamento ou à substituição da coisa penhorada, seja em face da procedência do pedido da ação dos embargos à execução, ou em decorrência da nulidade ou da extinção do processo —, a venda ou alienação efetivada passará a ter plena eficácia.

A apreensão judicial de bens, pela penhora, não impede a sua alienação. É importante que eles não sejam subtraídos à execução com a finalidade de fraude. Isso não quer dizer que o bem constrito deva necessariamente permanecer no patrimônio do devedor executado — a alienação será possível —, apenas não o livra da sua vinculação ao processo de execução, enquanto não quitado o débito, permitindo a decretação de fraude com a conseqüente ineficácia do ato dispositivo em relação a ele.

A venda do imóvel penhorado não impossibilita o prosseguimento da execução sobre ele, exceto se houver a extinção do processo executivo antes de concretizada a alienação forçada do bem. Nesse último caso será restituída ao ato de disposição, plena eficácia.

Em caso de penhora, a alienação do bem penhorado, embora não proibida, não pode servir de estímulo para devedor solvente criar obstáculos que resultem em demora ou retardamento da satisfação do exeqüente e, talvez, até da obtenção da eficácia do ato de alienação. Isso demonstra que, com a penhora efetivada, a fraude se configura, embora não haja estado de insolvência propriamente dito.²²⁶

²²⁵ PACHECO, José da Silva. *Tratado das execuções*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1959. p. 417. v. 2, Execução de sentença.

²²⁶ A questão é objeto de consideração por Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, que observa: “Tratando de alienação ou oneração do bem sob gravame judicial (penhora, arresto ou sequestro), além da dispensa da prova da má-fé (*consilium fraudis*), não se há de indagar do pressuposto da insolvência do devedor”. (Fraude de execução. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 75, n. 609, p. 7-14, jul. 1986).

Com base no exposto, não se concorda com Mário Aguiar MOURA, ao afirmar que o bem penhorado em execução retira do dono a disponibilidade, sem lhe afetar o direito de propriedade.²²⁷ Por efeito da apreensão judicial registrada na matrícula, haverá a ineficácia do ato de alienação em favor de terceiros, enquanto não quitado o débito. Na penhora, a plena disponibilidade do imóvel está sujeita a uma condição, o pagamento do débito. Isso não ocorre em relação à indisponibilidade relativa resultante do compromisso de compra e venda registrado, que não está sujeita à condição, qualquer que seja sua natureza.

O que se deve ter por assente é que a penhora em si não impede a disponibilidade do bem por parte do executado, pois com o produto da venda, ele poderá pagar a dívida e levantar a apreensão. Trata-se de uma inalienabilidade, ou indisponibilidade relativa, dependente única e exclusivamente do pagamento do título judicial ou extrajudicial que fundamenta a execução.

O efeito da penhora é meramente processual e consiste em imprimir responsabilidade na coisa apreendida, de modo que fique sujeita a execução, quaisquer que sejam os atos realizados pelo executado a seu respeito. Produz modificação no patrimônio do devedor, uma vez que determinados bens de sua propriedade ficam vinculados à satisfação do crédito/débito pleiteado.

A questão da apreensão judicial do bem imóvel permite indagar em que medida ela desencadeia turbção ou esbulho da posse ou violação do direito obrigacional, quando a posse e a propriedade se encontram na titularidade de sujeitos de direitos distintos —, exatamente a hipótese que se apresenta na perspectiva do compromisso de compra e venda, aspecto que será objeto de considerações adiante.

Com a apreensão judicial, a possibilidade de dispor do bem constricto não fica excluída, ficando o imóvel vinculado a um destino que o executado não poderá evitar enquanto não quitar o débito, considerando-se ineficazes os atos que

²²⁷ MOURA, *Promessa de compra e venda*, p. 159.

procurem desviá-lo desse propósito, seja através da alienação ou de qualquer modalidade de oneração.

Na hipótese sobre a qual se está a refletir — da tutela do promitente comprador —, verifica-se que o devedor executado poderá celebrar compromisso de compra e venda relativamente ao imóvel penhorado, mas essa relação jurídica obrigacional poderá ser reputada ineficaz em relação à execução, enquanto não quitado o débito.

Para explicar as hipóteses em que o compromissário poderá ter considerada eficaz a sua relação jurídica obrigacional, mesmo em relação à penhora, faz-se necessário esclarecer preliminarmente sobre a obrigatoriedade ou não do registro da apreensão judicial na matrícula, perante o cartório de registro de imóveis.

4.2 CONTROVÉRSIA SOBRE O REGISTRO COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DA APREENSÃO JUDICIAL E SUA EFICÁCIA DIANTE DO PROMITENTE COMPRADOR

Como ato processual de império, a penhora visa vincular ao processo executório os bens do devedor tido por inadimplente, o que significa ser o registro uma garantia para o exeqüente, pois sua publicidade dá origem à presunção *juris et de jure* de sua ciência em relação a terceiros.

É possível questionar, então, sobre a indispensabilidade do registro para o pleno aperfeiçoamento do ato de apreensão judicial sobre bens sujeitos a essa modalidade de publicidade, especificamente os bens imóveis. Importa saber se a inscrição da penhora é requisito fundamental para que haja a ineficácia das alienações posteriores à lavratura do respectivo auto de penhora. O tema é bastante atual, especialmente em vista do teor das recentes alterações introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei 8.953, de 13 de dezembro de 1994, com o acréscimo, no artigo 659, do parágrafo 4º, cujo teor tem especial relevância para a questão em

análise, sobre a qual posições divergentes estão a indicar a necessidade do aprofundamento dos debates.²²⁸

Por ter sido um dos primeiros a analisar o novo dispositivo legal introduzido pela Lei 8.953/94, Araken de ASSIS entende que a penhora de imóveis somente se ultimar-se-á com o registro. Considera-o como constitutivo, fazendo sobre ele as seguintes ponderações: “Desta cláusula final, excelentemente redigida, decorre que a penhora de imóveis somente se ultimar-se-á com o registro. Logo os efeitos que descendem da penhora, nesta classe de bens, agora se vinculam ao complemento registral. Em outras palavras, sem registro não há penhora, nem, *a fortiori*, quaisquer de seus efeitos naturais”²²⁹.

Contrário é o entendimento de João Batista LOPES, que, ao analisar o novo dispositivo legal, sustenta que o registro não constitui requisito de validade da penhora, não sendo, por isso, essencial à sua existência e configuração, mas tão-somente à sua plena eficácia diante de terceiros, o que faz com base no teor do que disciplina o artigo 664 do Código de Processo Civil — dispositivo que não prevê a necessidade do registro —, entendendo suficientes a apreensão e o depósito, com a lavratura do respectivo auto, muito embora a Lei de Registros Públicos faça expressa referência à obrigatoriedade do registro da penhora.²³⁰ Aconselha esse estudioso que o exequente promova o registro, a fim de acautelar-se contra eventuais embargos de terceiro, com fundamento na alegação de boa-fé por parte de adquirente do bem — o que tem especial relevância no caso do promitente comprador.²³¹

²²⁸ Disciplina o § 4º do art. 659 do Código de Processo Civil, conforme Lei 8.953 de 13 de dezembro de 1994: “§ 4º. A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro”.

²²⁹ ASSIS, Manual do processo de execução, p. 445.

²³⁰ V. nota de rodapé 221, página 129.

²³¹ LOPES, João Batista. Um novo processo de execução? *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 19, cad. 3/11.302, out. 1995.

Foi baseado no estatuído pelo artigo 664 do Código de Processo Civil que o Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo editou o Enunciado 40, no qual conclui não ser o registro elemento constitutivo para a plena configuração da penhora.²³²

Em trabalhos publicados em datas anteriores à entrada em vigor Lei 8.953/94, Thompson Flores LENZ, Ronaldo Brêtas de Carvalho DIAS, Magnus Augustus Cavalcanti de ALBUQUERQUE e Yussef Said CAHALI também sustentam a desnecessidade do registro da penhora para a sua plena configuração. É possível supor, em relação ao novo dispositivo legal, uma tendência de manutenção da orientação anteriormente predominante, propensão essa que se tem por a mais correta.²³³

Sálvio Figueiredo TEIXEIRA bem esclarece a questão do registro da penhora, a ser considerado sob a ótica do ônus da prova. Assim, se ele não foi feito, somente se terá por caracterizada a fraude caso o credor venha a demonstrar a possibilidade de conhecimento da existência da demanda executória em trâmite pelo terceiro adquirente. Desse modo, a ineficácia apresentar-se-á somente se o credor provar que o terceiro adquirente tinha conhecimento da existência da demanda ou dos atos constritivos, ou tinha como conhecê-los, não havendo como negar-lhe a tutela de sua boa-fé, por haver confiado no registro imobiliário.²³⁴

Por outro lado, caso o terceiro adquirente esteja a pleitear a tutela jurisdicional para ver livrado o bem da penhora, será seu o ônus de provar o

²³² Consta do enunciado: "O registro de que trata o art. 659, § 4º do C.P.C., não constitui requisito de validade, mas de eficácia do ato para oponibilidade contra terceiros". Observe-se que esse enunciado foi editado posteriormente à Lei 8.953, de 31.12.94. (Repertório IOB de Jurisprudência, n. 19, cad. 3/11.302, out. 1995).

²³³ LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. A natureza das normas processuais e o registro da penhora. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 627, p. 60 e ss., jan. 1988; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Fraude de execução : ausência de registro da penhora - alienações posteriores. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 224, abr./jun. 1985; ALBUQUERQUE, p. 259-261; CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores...* São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989. p. 485-486. CAHALI assevera: "sendo a penhora uma consequência de vários atos de publicidade, a partir da distribuição do feito executório; desse modo, a penhora, só por si, como ato público, é suficiente para tornar ineficaz, quanto ao exeqüente, qualquer alienação do bem penhorado".

²³⁴ TEIXEIRA, Fraude de execução, 1986, p. 10-13.

desconhecimento sobre a existência da ação executiva. Para tanto deverá estar munido das certidões negativas forenses em nome do alienante, seja no lugar da situação da coisa, seja no domicílio do vendedor, que demonstrem não existir possibilidade de ter conhecimento da apreensão judicial à época da celebração do negócio jurídico reputado fraudulento.

4.2.1 Teoria da aparência e tutela da boa-fé

No referente à tutela do compromissário, é importante ter presente a explanação de Ovídio A. Baptista da SILVA: “[...] observa-se, no direito contemporâneo, uma tendência muito nítida no sentido de **proteção jurídica da aparência**, e não seria possível, por exemplo, ignorar a legitimidade da tutela de quem, de boa fé, houvesse adquirido o imóvel penhorado daquele que, anteriormente mas depois da penhora não inscrita, o adquirira do executado”²³⁵.

Tem relevância indagar se por fato imputável ao exeqüente — nomeadamente da sua desídia em providenciar o registro da penhora —, o promitente comprador de boa-fé, que não tem ciência da sujeição do imóvel ao processo executório, pode subtraí-lo dos efeitos da execução com fundamento na tutela da aparência.

Conforme Luiz Fabiano CORRÊA, há intensa controvérsia tanto doutrinária quanto jurisprudencial sobre o assunto, havendo aqueles que, mesmo para as hipóteses de adquirentes de boa-fé, não reconhecem proteção alguma, ao argumento de que é suficiente a publicidade do processo executório. Outros, a seu ver, com mais coerência, acreditam que ao exeqüente incumbe providenciar o registro, sob pena de ter de demonstrar que o adquirente tinha como conhecer da situação de sujeição do imóvel ao processo executório.²³⁶

²³⁵ Baptista da SILVA, Curso de processo civil, v. 2, p. 60.

²³⁶ Luiz Fabiano CORRÊA, p. 138-140. O autor cita, entre os que consideram suficiente a publicidade do processo executório, Cândido Rangel DINAMARCO, que afirma: “Basta a penhora feita e é dispensável o seu registro, para que a alienação do bem fique ineficaz perante a execução. A penhora é ato público, integrante de um processo jurisdicional, que é público, razão por que constitui ônus do adquirente perquirir a respeito, correndo os riscos de

Reconhece Luiz Fabiano CORRÊA não ser necessário o registro para completar a apreensão judicial em sua plenitude, e muito menos para o prosseguimento e a ultimação da execução, pois a sua finalidade é conferir notoriedade para que se estabeleça uma presunção absoluta, *iuris et de iure*, de conhecimento de todos.

A eficácia da penhora somente poderá ser oposta aos que a conhecem, e o registro vem justamente estabelecer a presunção de ciência geral, sendo esse, no entender de Luiz Fabiano Corrêa, o significado do artigo 240 da Lei de Registros Públicos.²³⁷ Semelhante é o posicionamento de Figueiredo TEIXEIRA, para quem o registro vale como prova “presumida, irrefragável de conhecimento das condições legais de fraude por parte de terceiros”²³⁸.

De outro lado, embora o artigo 169 combinado com o artigo 167, ambos da Lei de Registros Públicos, imponham a obrigatoriedade do registro da penhora, não deve ele ser considerado propriamente como dever, mas tão somente como ônus de registrar. Ausente o registro, o exeqüente assume o risco de ter de suportar eventuais conseqüências da omissão, nomeadamente o encargo de demonstrar a possibilidade de conhecimento do adquirente sobre a existência da penhora, o que pode efetivamente suceder, mesmo na inexistência do registro. A questão deverá ser resolvida pelo ônus da prova.

Em geral, leva-se em consideração o aspecto de que o processo de execução é um feito judicial de fácil acesso ao conhecimento de todos, especificamente através

eventual imprudência ou erro. [...] Não fosse assim, permitir-se-ia a sucessiva alienação eficaz de bens penhorados, bastando que o executado tomasse a cautela de alienar a pessoas seguramente desinformadas do estado de constrição”. (Execução civil, p. 291). Entre os que acreditam insuficiente a publicidade do processo executório está Décio Antônio ERPEN, que escreve: “Não vejo como possa o juiz, sem a prévia prova da fraude, dizer que ela existiu, porque possível a boa-fé do terceiro adquirente, daí por que necessário sua ouvida. [...] Não vejo como igualar ao credor diligente, que registrou a penhora, o credor desidioso, que ficou alheio à plena eficácia de seus direitos e ao direito de terceiros, deixando de promover o registro obrigatório segundo o ordenamento legal” (A declaração da fraude à execução. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 81, n. 675, p. 19-20, jan. 1992), posição por ele sustentada também em artigo publicado na *Revista Forense* (Rio de Janeiro, v. 302, abr./jun. 1988, p. 271-277), em que afirma não ser obrigatório o registro da penhora, mas necessário para surtir efeitos frente a terceiros de boa-fé.

²³⁷ “Art. 240. O registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior” (Lei 6.015, de 31.12.73).

²³⁸ TEIXEIRA, Fraude de Execução, 1986, p. 11.

da obtenção de certidões. Essa circunstância permite presumir que terceiros podem perfeitamente ter conhecimento da demanda que está a impor a responsabilidade patrimonial do devedor sobre os bens que se comprometeu vender, o que poderá levar à decretação judicial da ineficácia do ato dispositivo.²³⁹

Considera-se, igualmente, que qualquer pessoa envolvida na compra e venda de bens, móveis ou imóveis, com dispêndio de somas vultosas, não realiza esses negócios sem antes prevenir-se através da obtenção de certidões negativas dos cartórios distribuidores relativamente aos alienantes. Isso também permite presumir o conhecimento, pelo comprador, da insolvência do vendedor-devedor, cujos bens se consideram reservados à quitação de dívidas contraídas, objeto de execução.

Apesar do vigor dos argumentos acima, é preciso ter em conta que nem todos os processos são públicos, pois há aqueles que tramitam em segredo de justiça,²⁴⁰ dos quais também pode haver apreensão judicial de bens. Além disso, necessário é considerar que, mesmo sendo público o processo, a execução pode tramitar em foro diferente daquele da situação do imóvel, bem como do domicílio do alienante.²⁴¹

²³⁹ Essa é posição de Mário Aguiar MOURA, que entende desnecessário perquirir do conhecimento por parte do adquirente do *concilium fraudis* e de sua boa-fé, uma vez que o ato vai contra a própria administração da justiça. A seu ver, a necessidade do exame da boa-fé do adquirente nivelaria a fraude de execução com a fraude contra credores, no particular (Fraude de execução pela insolvência do devedor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 67, n. 509, p. 300, mar. 1978).

²⁴⁰ Disciplina o Código de Processo Civil: “Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I - em que o exigir o interesse público; II - que dizem respeito ao casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores”.

²⁴¹ Observe-se a objeção de Sálvio Figueiredo TEIXEIRA: “Apresenta-se inadmissível o entendimento de que seria dispensável o registro nos apontados casos de citação e gravame judicial em face de ser o processo regido pela publicidade. Há, aí, evidente distorção ótica.

A publicidade que orna o processo, um dos princípios legados à Ciência Processual pela Revolução Francesa de 1789, destina-se a tornar viável, com as ressalvas legais, o acesso dos interessados às peças da causa, não tendo o condão de gerar presunção de ciência, por terceiros, do que nele se contém”. (Fraude de execução, 1986, p. 11).

Tem o mesmo ponto de vista Décio Antônio ERPEN, para quem o processo, embora público e via de regra acessível a todos, nem por isso gera a presunção de conhecimento por parte de terceiros, quer de sua existência, quer de seu conteúdo. Tendo em vista que não é absoluta a regra de que o réu deve ser demandado no foro do seu domicílio, não há como saber esteja o réu sendo acionado, civil ou criminalmente, em qualquer outro estado da Federação. A publicidade dos atos processuais, não tramitando o processo em segredo de justiça, não tem o condão de gerar a presunção de conhecimento de terceiros. Tanto isso é verdade que, no protesto contra alienação de bens — disciplinado nos artigos 867 e seguintes do Estatuto Processual Civil — há a necessidade da publicação de editais. Assim, sintetiza o autor, “a publicização do processo, em se tratando de *imóveis*, se dá quando houver previsão na Lei de Registros Públicos, através do registro ou averbação no ofício da localização do bem; nos demais casos, quando a lei o permite, através de

Nessa última hipótese, não estando registrada a penhora, não terá o adquirente condições de conhecer da afetação do bem ao processo executivo. Mesmo que seja cauteloso e solicite certidões negativas do cartório distribuidor da comarca de localização do imóvel, juntamente com certidão negativa atualizada do registro de imóveis, não terá acesso à informação de que o vendedor está sendo executado.

Se é ineficaz em relação ao processo executivo a compra e venda do imóvel realizada entre o devedor executado e o primeiro adquirente capaz de conhecer da penhora, o mesmo não se pode dizer em relação aos posteriores adquirentes. Estes somente poderão ter conhecimento da existência da penhora se tiverem a cautela de providenciar certidões negativas de todos os titulares do direito de propriedade do imóvel nos últimos anos. Por isso se afirma que a apreensão judicial somente adquirirá eficácia *erga omnes* com o registro. Nesses casos, haverá de ser preservado o direito do terceiro adquirente de boa-fé.

Incumbirá ao credor exeqüente demonstrar que os terceiros adquirentes tinham conhecimento de que sobre o bem estava sendo movido litígio fundado em direito real ou de que pendia demanda contra o primitivo alienante, apta a afetar-lhe o patrimônio, determinando-lhe a insolvência.

Não se concorda com a proposta de Cavalcanti de ALBUQUERQUE, Thompson Flores LENZ e Carvalho DIAS de que seria mais razoável considerar ineficazes todas as vendas do imóvel em relação ao processo executivo, ainda que não registrada a penhora. Há situações em que a penhora somente deverá produzir efeitos em relação a terceiros posteriormente ao seu respectivo registro.²⁴²

notificação específica, se conhecido o destinatário, ou por edital, se for pessoa desconhecida ou se objetivar informar a uma universalidade de pessoas". Há que se convir que assiste razão a esse autor, e, não fosse dessa maneira, não seria necessário, para o conhecimento de terceiros, o registro da citação nas ações fundadas em direito real nos termos do que estabelece a Lei de Registros Públicos. (A fraude à execução e a publicidade registral. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 10, n. 28, p. 58-71, jul. 1983.)

²⁴² ALBUQUERQUE, p. 261; LENZ, p. 60 e ss.; Brêtas de Carvalho DIAS, *Fraude de execução...*, p. 221-229.

O registro da penhora representa o meio pelo qual o exeqüente pode fazer prevalecer a presunção absoluta de conhecimento de todos de que o imóvel se encontra sujeito ao processo executório. Esse o real significado do artigo 240 da Lei de Registros Públicos²⁴³, o de gerar uma presunção *iuris et de iure* de fraude de execução, materializada pelo ato de alienação por parte do devedor executado, de modo que seja conferido o direito de seqüela sobre o bem objeto da apreensão.

Quando o *caput* do artigo 169, combinado com o artigo 167, item I, inciso V da Lei de Registros Públicos²⁴⁴, refere-se à obrigatoriedade do registro da penhora, forçoso é ter em conta haver para o exeqüente o ônus de registrar, pois representa uma medida acautelatória que lhe cabe providenciar. Haja vista poder fundamentar o pedido de registro no que prescreve o disposto no inciso III do artigo 615 do Código de Processo Civil.²⁴⁵ Esse é o entendimento de Arnaldo MARMITT, ao afirmar:

A despeito disso a lei dos registros públicos não instituiu a obrigatoriedade do registro da penhora. A finalidade do citado art. 240 é produzir prova relativamente à fraude de qualquer transação posterior. Tal registro é irrelevante no plano processual, onde os seus efeitos não operam. A lei processual civil não erige tal registro em requisito para a validade e eficácia da penhora, no caso de imóveis ou direitos a eles relativos.

Ao estipular que o registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior, o legislador demonstra que depois de efetuada a inscrição da penhora o terceiro adquirente não poderá alegar falta de conhecimento das condições legais da fraude. A inscrição da penhora faz pressupor a *scientia fraudis*, que, em caso de inexistência de registro, deve ser devidamente comprovada. Esse é o efeito legal da inscrição da penhora.²⁴⁶

O exeqüente ao não efetuar o registro da penhora, assume o risco de sua omissão, cabendo-lhe suportar as respectivas conseqüências da venda ou oneração do bem objeto da apreensão judicial. Desse modo, entre a posição do credor

²⁴³ V. nota de rodapé n. 237, na página 138.

²⁴⁴ V. nota de rodapé n. 131 na página 81.

²⁴⁵ “Art. 615. Cumpre ainda ao credor: [...] III - pleitear medidas acautelatórias urgentes; [...]”

²⁴⁶ MARMITT, A penhora, p. 134-135.

exequente omissa e a do terceiro adquirente de boa-fé, no caso o promitente comprador, nem sempre será mais justa a opção pela tutela do credor,²⁴⁷ embora seja possível, em tese, sustentar a configuração de fraude de execução.

4.2.2 Princípio da prioridade registral

Uma vez registrada a apreensão judicial no ofício imobiliário, será necessário considerar a incidência do princípio da prioridade registral. Estando o compromisso, assim como a apreensão judicial sujeitos às regras do registro, prevalecerá por força desse princípio aquele que primeiramente for registrado.

Inscrito o compromisso em data anterior à da penhora, caberá ao credor do promitente vendedor demonstrar a existência de fraude de execução ou contra credores, para poder fazer prevalecer a apreensão judicial sobre o imóvel.

Se a apreensão judicial é registrada preliminar e previamente ao compromisso, a solução que haverá de prevalecer, por força do princípio da prioridade registral, é a que nega valor direito obrigacional do promitente comprador, especialmente porque os atos e negócios jurídicos realizados antes da penhora, mas transcritos depois dela, são inoponíveis ao credor penhorante por força do já mencionado artigo 240 da Lei de Registros Públicos.

Nesse caso, a alienação será considerada ineficaz em relação ao processo executivo, de modo que o imóvel ficará irremediavelmente afetado, vinculado à execução. A aplicação do princípio da prioridade registral representa fator de grande

²⁴⁷ Com posição contrária, José Sebastião de OLIVEIRA, ao refletir sobre a tutela do terceiro de boa-fé, quando estabelecida uma cadeia de sucessões na titularidade do bem, assevera: "Mas, analisando a questão com mais profundidade, por outro ângulo verifica-se que, na verdade o adquirente do bem imóvel, para resguardar seus direitos, tem de obter a certidão vintenária desse bem e, concomitantemente, também obter as certidões negativas de ações cíveis e criminais de todas as pessoas que figuraram como titulares do domínio daquele bem, pois, só assim, estaria livre de futuramente ser surpreendido com a apreensão do bem adquirido, fundada numa alienação anterior em fraude à execução. As certidões dos distribuidores hoje são tão importantes como a negativa de ônus do cartório imobiliário, principalmente considerando que uma ação de conhecimento de cunho condenatório pode arrastar-se por muitos anos, até que seja julgada no Pretório Excelso, sem falar na possibilidade da rescisória. E seria por demais injusto o Poder Judiciário deixar desprotegidos os direitos desse autor" (*Fraude à execução : doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 111-112). Esse autor está desconsiderando a circunstância de que a publicidade promanada do processo se mostra insuficiente para tutelar terceiros de boa-fé. Quando a penhora é realizada por carta precatória, esse ato processual, inexistente o registro, não apresenta notoriedade na comarca da situação da coisa, mesmo após exaustiva investigação registral, onde ocorrerá o ato de disposição.

importância na definição dos limites e possibilidades da tutela do promitente comprador em sede de embargos de terceiro.

A dúvida que se coloca é saber se os embargos interpostos após o registro da penhora deverão ter seus pedidos invariavelmente julgados improcedentes ou se a sua procedência ainda se faz possível.²⁴⁸

O prazo para a propositura dos embargos de terceiro, conforme estabelece o artigo 1.048 do Código de Processo Civil, encerra-se cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição ou, ainda, antes da assinatura da respectiva carta. Isto significa que o registro da penhora não deverá ser óbice à procedência do pedido dos embargos de terceiro, com fundamento na posse, pois poderão ser interpostos até mesmo após a arrematação.

Sendo verdade que o registro do contrato de compromisso de compra e venda lhe atribui eficácia real, conferindo-lhe a qualidade de oponibilidade *erga omnes*, é exato também que todo e qualquer direito levado a registro antes da averbação do contrato de compromisso terá prioridade, se for com ele incompatível.

O mesmo, porém, não se poderá afirmar em relação ao promitente comprador imitado na posse do imóvel em função de cláusula contratual, pois, como anteriormente exposto, a posse não se registra²⁴⁹.

Caso o compromissário não esteja na posse do imóvel, ainda que com o preço quitado, o seu direito obrigacional não inscrito na matrícula sucumbirá diante da eficácia *erga omnes* de todo e qualquer outro direito registrado com ele inconciliável, face à aplicação do princípio da prioridade registral.

²⁴⁸ Observe-se que em todos os julgados precedentes do Superior Tribunal de Justiça relativos à Súmula 84 a penhora não se encontrava registrada. Daí coloca-se esta dúvida: Seria essa orientação mantida caso a penhora houvesse sido regularmente levada a registro?

²⁴⁹ Em algumas decisões judiciais, mesmo estando registrada a penhora deu-se primazia à tutela da posse do promitente comprador, dentre os quais podem ser mencionados o julgamento do Agravo de Instrumento nº 48.466-SP (v. anexo, p. 1), dos Recursos Extraordinários de nº 82.692-RJ, 87.958-RJ. (v. anexo, página 4 a 7).

Ocorre, por conseguinte, que mesmo os negócios jurídicos realizados antes da apreensão judicial mas transcritos depois dela são inoponíveis ao credor exequente, ficando o bem imóvel invariavelmente afetado aos fins da execução.

O direito obrigacional do promitente comprador, sem contrato registrado e inexistente a posse efetiva, sucumbirá diante do registro da penhora ou de qualquer outro direito que seja com ele incompatível.

4.3 TURBAÇÃO OU ESBULHO DA POSSE DO PROMITENTE COMPRADOR PELA PENHORA

Superada a possibilidade de tutela em face da aplicação do princípio da prioridade, norteador dos elementos sujeitos à registro imobiliário, em relação ao compromissário comprador sem contrato registrado e sem posse, importa esclarecer a possibilidade de tutela do promitente comprador imitido na posse do imóvel através de cláusula contratual.

Inicialmente é necessário estabelecer se a penhora do imóvel compromissado causa turbacão ou esbulho na posse do promitente comprador ou se impõe, de alguma forma, a alteracão do título de sua posse.²⁵⁰ Duas teses podem ser destacadas a respeito: uma que sustenta a existência de ofensa à posse do compromissário e outra que a repele.

4.3.1 Negativa de ofensa à posse

Na fundamentacão dos vários acórdãos que deram origem à Súmula 621 do STF, o voto do Ministro Moreira ALVES destaca-se por afirmar que a penhora do imóvel compromissado não acarreta turbacão ou esbulho da posse do compromissário.²⁵¹

²⁵⁰ Conforme explica José de Oliveira ASCENSÃO, o título “é o facto ou o conjunto de factos de que uma situacão jurídica tira a sua existência ou modo de ser, de modo que toda situacão jurídica tem um título, assim também a posse, que terá uma causa, uma origem” (Direito civil : reais, p. 95).

²⁵¹ Os acórdãos com os votos do Ministro Moreira Alves sobre a questão podem ser consultados no anexo.

Um das teses do Ministro é a de que se o imóvel for alienado em execução, o arrematante adquirirá apenas o domínio, tendo posteriormente de pleiteá-la do possuidor.

O seu principal argumento a respeito da questão está em que, admitir a possibilidade de o compromissário ter sucesso nos embargos para defender a sua posse, envolverá reconhecer o mesmo direito ao comodatário, locatário, usufrutuário. Eles também poderiam opor-se à penhora em idênticas situações, por ocasião da apreensão do imóvel de propriedade do comodante, do locador e do nu proprietário, respectivamente.

A partir dessa premissa, o Ministro Moreira Alves entende que a penhora não implica o desapossamento do compromissário, uma vez que incide diretamente sobre o domínio do compromitente. Por isso, acredita devam ser julgados improcedentes os embargos de terceiro que objetivam a exclusão da apreensão judicial sobre o imóvel. Para o Ministro, o promitente comprador só teria direito à tutela caso seu pedido tivesse por fundamento o direito obrigacional dotado de eficácia real, com a qualidade de oponibilidade diante de terceiros. Uma vez registrado o direito obrigacional prioritariamente à inscrição da penhora do imóvel compromissado, essa colidiria com a eficácia *erga omnes* do direito obrigacional do promitente comprador, hipótese que, no seu entender, possibilitaria o êxito da ação judicial.

Sem o registro do contrato de compromisso e conseqüentemente como titular de mero direito pessoal, ainda que na posse do imóvel, o compromissário não poderia atacar a apreensão judicial oriunda de determinação jurisdicional, como não poderiam fazê-lo o comodatário, o locatário, o depositário, também titulares de direito pessoal em relação ao bem penhorado. No que se refere à posse, o Ministro considerou todos como titulares de posses diretas, submetidas, em face do desdobramento da relação possessória, à posse indireta do comodante, do locador, do promitente vendedor, respectivamente.

O Ministro não admitiu turbação ou esbulho da posse do compromissário pela apreensão judicial, porque o considerou como titular de mero direito pessoal, de que decorria o desdobramento ou a bipartição da relação possessória.

Tem cabimento esclarecer, com a devida vênia, as razões pelas quais dele se discorda, o que se fará com base nas doutrinas nacional e estrangeira.

4.3.2 Alteração da qualificação da relação possessória

No direito lusitano, Jorge Duarte PINHEIRO expõe que a penhora consiste essencialmente numa apreensão judicial de bens, efetuada para realizar a finalidade da ação executiva. Ele a caracteriza como um ato de desapossamento das coisas do devedor, pois passam a ficar na posse e em poder do tribunal para com eles realizar a finalidade da ação executiva.²⁵²

Sobre essa consequência da penhora, Manuel RODRIGUES também se pronunciou, fazendo-o com as seguintes palavras:

Há atos judiciais em virtude dos quais o possuidor é, por mandado do juiz, desapossado de certos bens. Assim sucede na penhora e, em certos casos, no arresto.

[...]

Com o desapossamento surge uma nova posse ao lado da posse do proprietário em favor daquele que o depositário representa a que subsiste enquanto a penhora ou o arresto subsistirem. A admitir doutrina diferente, a situação do credor poderia ser prejudicada²⁵³ por esbulho de terceiro, desde que o proprietário renunciasse à defesa possessória.

Na doutrina pátria, há manifestações de igual teor, como a de Araken de ASSIS, para quem com a penhora ocorre uma reorganização da posse. A apreensão judicial concede ao Estado a posse mediata imprópria do bem, cabendo ao executado a posse mediata própria e ao depositário a posse imediata. Se o devedor permanecer na posse imediata do bem, sê-lo-á na função de depositário, nos termos

²⁵² PINHEIRO, Jorge Duarte. *Fase introdutória dos embargos de terceiro*. Coimbra : Almedina, 1992. p. 13.

²⁵³ RODRIGUES, p. 164-165.

do que prevê o artigo 664 do diploma processual civil²⁵⁴, sob pena de não se configurar a penhora, pois o depósito é um elemento constitutivo para sua plena configuração.²⁵⁵

Uma vez nomeado depositário do bem o próprio devedor, altera-se o título da sua posse imediata, pois, possuindo a título de proprietário, passa a possuir a título de depositário, para o Estado, através de seus órgãos jurisdicionais. Uma vez alienada judicialmente a coisa, bastará uma simples determinação judicial para o depositário entregá-la ao arrematante. Nesse sentido, pondera Araken de ASSIS: “o executado, assumindo a função de depositário continua na posse imediata do bem, modificando porém o seu título. Tolerase, outrossim, a manutenção da posse imediata do imóvel, não porque haja ‘comodismo e sentimentalismo’ e, sim, pela necessidade de respeitar a posse de terceiro (v.g., locatário) e mitigar gravosidade do despejo imediato do executado, intercalando-se, nessas contingências, a posse mediata do depositário”.²⁵⁶

Pontes de MIRANDA também reconhece a penhora como ato de desapossamento, ao afirmar:

[...] a posse mediata está com o Estado, com o juiz, que a exerce por atribuição da posse imediata ao oficial de justiça, ao depositário (inclusive o devedor!) e ao porteiro, se é o caso de lhes dar a posse imediata. Se o devedor fica como depositário, é ele o possuidor imediato: tirou-se-lhe a posse imediata, ou se lhe mudou a posse que tinha, e depois, sendo nomeado depositário, se lhe deu posse inferior. Não devemos ver no credor possuidor mediato.²⁵⁷

Ao estudar a questão dos efeitos materiais da penhora, Arnaldo MARMITT esclarece que, dentre eles, há o fato de a apreensão “despojar o devedor da posse direta das coisas constringidas, com o depósito das mesmas, ou, se ficarem com ele mesmo, se investido nas funções de depositário, mudar-lhe a qualificação da

²⁵⁴ V. nota de rodapé n. 221 na página 129.

²⁵⁵ ASSIS, Manual do processo de execução, p. 446-447.

²⁵⁶ ASSIS, Manual do processo de execução, p. 464-465.

²⁵⁷ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 2. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, [19--]. t. 10, p. 219. Parte especial. Direito das coisas: posse.

posse, que passa a subordinar-se ao superior controle do juízo”²⁵⁸. Da mesma forma pensa Luiz AMBRA, para quem a penhora efetuada em bens de terceiro representa violação à posse.²⁵⁹

Dos comentários anteriores, constata-se que com a penhora podem decorrer duas modalidades de alteração na posse. A primeira é a sua modificação caracterizada por um ato externo visível que, dessa maneira, transforma a relação de poder exterior com a efetiva e corporal apreensão dos bens, retirados da esfera de disposição e atuação ao alcance do devedor, que perde o poder imediato sobre a coisa, mas fica com a posse indireta. A segunda é a alteração da situação jurídica, quando o devedor proprietário é nomeado depositário, com a conseqüente alteração do título de sua posse.

Demonstrado que a penhora altera a relação possessória, resta esclarecer em que medida ela afeta a posse do promitente comprador, para lhe conferir legitimidade de pleitear a tutela jurisdicional com o objetivo de impedir a turbação ou evitar o esbulho decorrentes de determinação jurisdicional dessa natureza.

4.3.2.1 Penhora como fator de turbação ou esbulho à posse

Com a penhora, o imóvel é submetido à guarda e à conservação de depositário, imitado na posse direta do bem por determinação do juízo. Não há, diante dessa circunstância, como negar o esbulho na posse do promitente comprador, como também na do comodatário²⁶⁰, do locatário e do usufrutuário.

Se o comodatário e o arrendatário têm a posse em decorrência de um direito obrigacional, e o usufrutuário a tem oriunda de um direito real que incide sobre o objeto penhorado, embora sejam todas de duração limitada, porque

²⁵⁸ MARMITT, A penhora, p. 18.

²⁵⁹ AMBRA, Luiz. Dos embargos de terceiro. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1971. p. 14.

²⁶⁰ Em relação à legitimidade do comodatário para os embargos de terceiro, há decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, Agravo de Petição 129/94 (v. anexo, p. 165).

estabelecidas com base numa relação de direito transitório, nem por isso deixam de merecer proteção. Caso esses sujeitos sejam ilegalmente turbados ou esbulhados na posse — a que têm direito em decorrência da locação, do comodato e do usufruto, respectivamente —, não há como negar-lhes acesso às ações cabíveis, de modo que a mantenham durante o prazo respectivo.

Além disso, se a penhora se constitui em providência preparatória de ato de alienação, para no futuro o arrematante imitar-se na posse do imóvel, esse adquirente deverá respeitar o prazo de locação²⁶¹ e de comodato, conforme as cláusulas do contrato celebrado com o devedor-executado, assim como o prazo do usufruto, seja ele legal, testamentário ou contratual, sob pena de praticar turbação ou esbulho.

Quer em face do juízo, quer diante do adquirente-arrematante, não há motivo para negar a proteção judicial ao arrendatário, ao comodatário e ao usufrutuário, nos termos do que foi anteriormente exposto, a fim de se fazer respeitar os limites do pactuado na relação jurídica pessoal e no direito real, respectivamente, entre eles e o devedor-executado, pelo tempo em relação ao qual têm direito à posse. A penhora não pode e não deve sacrificar as suas posses.

Nas hipóteses acima enumeradas, o juiz deverá ser criterioso ao fazer a nomeação do depositário judicial dos bens penhorados. Caso nomeie depositário o proprietário, o próprio inquilino, o comodatário ou o usufrutuário, não haverá nenhum esbulho possessório, porque o proprietário é titular da posse indireta em relação a eles, que já são titulares da posse direta por força do direito obrigacional e do direito real. Se o juiz ou o tribunal, não obstante, nomear como depositário pessoa diversa das anteriormente elencadas, com determinação para sua imissão na posse direta do imóvel, estará dando ensejo à configuração de esbulho possessório,

²⁶¹Extrapolaria o propósito do presente trabalho analisar a possibilidade de aplicação do princípio “venda rompe locação”, conforme disposto no art. 8º da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991. Sobre a matéria v. a obra de Nagib SLAIBI FILHO, *Comentários à nova lei do inquilinato*, Rio de Janeiro : Forense, 1992.

cabendo aos interessados propor as medidas judiciais cabíveis, especificamente os embargos de terceiro.

É verdade que a posição jurídica do promitente comprador é distinta daquela do locatário, que faz jus à posse pelo período correspondente ao prazo de locação, findo o qual deverá restituí-la ao locador ou ao arrematante. Isso justifica o fato de o locatário poder manejar com sucesso os instrumentos processuais cabíveis para manter-se na posse pelo tempo contratualmente pactuado.

A posse do compromissário diferencia-se daquela do locatário, porque não é efeito de contrato (compromisso de compra e venda), que tem por objeto uma obrigação de prestação de fato, consistente na declaração de vontade negocial prometida.²⁶² A tradição do imóvel ao compromissário se dá a partir de um negócio exterior ao contrato, nos termos do que admite o artigo 493, inciso III do Código Civil.²⁶³

Compete esclarecer as hipóteses em que caberá tutelar a posse do promitente comprador em face da penhora. Para tanto, será preciso considerar a espécie e o caráter da posse, a partir de duas situações distintas. A primeira, em que o preço do compromisso de compra e venda já se encontra quitado por ocasião da efetivação da apreensão judicial. A segunda quando ainda não liberado o promitente comprador da obrigação, por até então não haver pago a integralidade da quantia devida pelo imóvel.

Na primeira hipótese, haverá uma posse própria, como de dono, não mais baseada e decorrente da posse indireta do promitente vendedor, pois se apresenta como posse definitiva. Esse aspecto se faz suficiente para demonstrar que a penhora

²⁶² Semelhante é a ponderação de Abel Pereira DELGADO: “O facto, porém, de a promessa de compra e venda ter eficácia meramente obrigacional, não impede que acessoriamente se acorde a concessão do uso e fruição da coisa remunerada ou gratuita, antes da outorga do contrato prometido” (Do contrato-promessa. Lisboa: Jornal do Fundão, [19--], p. 86).

²⁶³ “Art. 493. Adquire-se a posse: [...]; III - Por qualquer dos modos de aquisição em geral.”

turba ou esbulha a posse do promitente comprador, independente do registro do contrato de compromisso, face a qualificação com que se possui o imóvel.

Essa orientação em relação ao compromissário que tem o contrato quitado é encontrada em algumas decisões jurisdicionais, dentre as quais merece destaque o voto do juiz Francisco MUNIZ já referido, em acórdão de sua lavra, em que concluiu pela existência de posse própria do compromissário, que é diretamente afetada pela penhora sobre o imóvel. Um excerto do acórdão faz referência expressa à turbação da posse pela penhora: “A penhora do imóvel prometido à venda, por si e pelos seus posteriores efeitos molesta a posse do promitente comprador, pois submete o bem à guarda e à conservação do depositário; é providência preparatória de um ato de disposição, que gera para o adquirente, por alienação judiciária, o direito de imitir-se na posse do imóvel”²⁶⁴.

Remanesce demonstrado que a penhora envolve a afetação da posse do promitente comprador, quando titular de posse própria, como de dono. Importa esclarecer, porém, se a solução será a mesma para os casos de compromisso de compra e venda ainda não quitado, ao ser efetivada a apreensão judicial.

Acredita-se que, nessas circunstâncias, a solução nem sempre poderá ter a mesma orientação, pelas razões que serão expostas a seguir.

Não estando quitado o preço do imóvel, cujo valor fora pactuado no compromisso de compra e venda, por ocasião da efetivação da penhora, o promitente comprador, até então, não tem a sua posse qualificada como própria, porque há o seu desdobramento ou a sua bipartição em posse direta e indireta, conforme razões já apresentadas, às quais se reporta.

Nesse caso, o promitente comprador não poderá impedir a apreensão judicial do imóvel levada a efeito através da penhora, para manter-se na sua posse até quitar o preço de modo a se consumir a transformação do título da sua posse, de

²⁶⁴ Conforme voto proferido no julgamento dos Embargos Infringentes 40/85, que poderá ser consultado na página 76 a 82 do anexo.

direta imprópria para posse direta e própria, como de dono. Aqui se situa um dos pontos críticos da definição dos limites e possibilidades da tutela do promitente comprador.

Seria possível argumentar — visando o reconhecimento da tutela da posse do promitente comprador, mesmo quando ainda não quitado o valor pactuado no compromisso — que a sua posse não resulta de título que lhe revele a qualidade de posse direta derivada de posse indireta do promitente vendedor. A transmissão da posse é algo mais que se acrescentou ao negócio jurídico do compromisso, não sendo elemento essencial do compromisso de compra e venda, não haveria por que negar-lhe a qualidade de posse apta a tutelar a posição jurídica do promitente comprador.

Em virtude de não ser efeito do contrato de compromisso de compra e venda a imissão do compromissário comprador na posse do imóvel, cujo objeto é uma obrigação de prestação de fato, não haveria como deixar de reconhecer-lhe a qualidade de posse própria. Esse sentido se infere das ponderações de Vaz SERRA, muito embora não faça referência expressa à quitação do compromisso:

Nos casos de posse em nome alheio, há uma situação que tem por base um título do qual não resulta o direito real aparente, mas apenas o direito (ou obrigação) de reter a coisa ou de a utilizar. São os casos do locatário, do comodatário, do depositário, do parceiro pensador, do credor pignoratício, do titular do direito de retenção, etc.

Ora, o promitente-comprador, que toma conta do prédio e nele pratica actos correspondentes ao exercício do direito de propriedade, sem que o faça por mera tolerância do promitente-vendedor, não procede com a intenção de agir em nome do promitente-vendedor, mas com a de agir em seu próprio nome: não existe entre ele e o promitente-vendedor, um negócio jurídico (título) que revele a sua qualidade de mero detentor ou possuidor em nome do promitente-vendedor, a ponto de os actos que pratique na coisa devem ser havidos como praticados por um simples possuidor em nome de outrem. Tendo celebrado um contrato-promessa de compra e venda com o promitente-vendedor, e, nessa qualidade, e na previsão da futura outorga do contrato de compra e venda prometido, passando a conduzir-se como se a coisa fosse já sua, não pratica actos possessórios com a intenção de agir em nome do promitente-vendedor, mas com a de os praticar em seu próprio nome: julga-se já proprietário da coisa, embora não tenha ainda comprado, pois considera segura a futura conclusão do contrato de compra

direta imprópria para posse direta e própria, como de dono. Aqui se situa um dos pontos críticos da definição dos limites e possibilidades da tutela do promitente comprador.

Seria possível argumentar — visando o reconhecimento da tutela da posse do promitente comprador, mesmo quando ainda não quitado o valor pactuado no compromisso — que a sua posse não resulta de título que lhe revele a qualidade de posse direta derivada de posse indireta do promitente vendedor. A transmissão da posse é algo mais que se acrescentou ao negócio jurídico do compromisso, não sendo elemento essencial do compromisso de compra e venda, não haveria por que negar-lhe a qualidade de posse apta a tutelar a posição jurídica do promitente comprador.

Em virtude de não ser efeito do contrato de compromisso de compra e venda a imissão do compromissário comprador na posse do imóvel, cujo objeto é uma obrigação de prestação de fato, não haveria como deixar de reconhecer-lhe a qualidade de posse própria. Esse sentido se infere das ponderações de Vaz SERRA, muito embora não faça referência expressa à quitação do compromisso:

Nos casos de posse em nome alheio, há uma situação que tem por base um título do qual não resulta o direito real aparente, mas apenas o direito (ou obrigação) de reter a coisa ou de a utilizar. São os casos do locatário, do comodatário, do depositário, do parceiro pensador, do credor pignoratício, do titular do direito de retenção, etc.

Ora, o promitente-comprador, que toma conta do prédio e nele pratica actos correspondentes ao exercício do direito de propriedade, sem que o faça por mera tolerância do promitente-vendedor, não procede com a intenção de agir em nome do promitente-vendedor, mas com a de agir em seu próprio nome: não existe entre ele e o promitente-vendedor, um negócio jurídico (título) que revele a sua qualidade de mero detentor ou possuidor em nome do promitente-vendedor, a ponto de os actos que pratique na coisa devem ser havidos como praticados por um simples possuidor em nome de outrem. Tendo celebrado um contrato-promessa de compra e venda com o promitente-vendedor, e, nessa qualidade, e na previsão da futura outorga do contrato de compra e venda prometido, passando a conduzir-se como se a coisa fosse já sua, não pratica actos possessórios com a intenção de agir em nome do promitente-vendedor, mas com a de os praticar em seu próprio nome: julga-se já proprietário da coisa, embora não tenha ainda comprado, pois considera segura a futura conclusão do contrato de compra

e venda prometido, donde resulta que, ao praticar na coisa ²⁶⁵actos possessórios, o faz com o *animus* de exercer em seu nome o direito de propriedade.

Dessas considerações do autor lusitano, se é correto afirmar não estar o compromissário na posse do imóvel por tolerância do promitente vendedor, mas confiante em que no futuro haverá a realização do contrato prometido, é exato também que, com o seu inadimplemento, poderá o promitente vendedor pleitear a sua reintegração na posse do imóvel objeto do compromisso, concomitante ou posteriormente à rescisão judicial do contrato. O *animus domini* do compromissário, qualificador da posse própria, é incompatível com essa possibilidade de rescisão do compromisso de compra e venda, justamente porque essa circunstância permitirá a reintegração do promitente vendedor na posse do imóvel. Uma coisa é o promitente comprador ter posse com *animus domini* sem ter o título de proprietário; outra é sustentar a existência do *animus domini* sem a quitação do compromisso.

Antes da quitação, o promitente comprador não poderá ter tutelada a sua condição de possuidor em face da penhora, porque sem esse requisito não tem posse própria, como de dono, que como tal é definitiva. A sua permanência na posse do imóvel com essa qualificação está condicionada, de ordinário, ao pagamento integral do valor pactuado.

Por outro lado, admitir a possibilidade de tutela sem a quitação poderá estimular fraude, aspecto que se impõe como limite na proteção do compromissário. Poderá perfeitamente acontecer de o promitente comprador e o vendedor celebrarem um contrato com a intenção de fraudar a execução, nos termos do que adverte Débora GOZZO.²⁶⁶ Essa preocupação já tinha demonstrado Francisco MUNIZ, ao reconhecer que a possibilidade de fraude se impõe como

²⁶⁵ Vaz SERRA, Adriano Paes da Silva. Anotação a acórdão de 28 de novembro de 1975. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n. 3585, p. 347-348, mar. 1977.

²⁶⁶ GOZZO, Débora. Compra e venda de imóvel no Brasil. *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*. São Paulo, v. 14, n. 52, p. 96, abr./jun. 1990.

limitação à tutela da posição jurídica do promitente comprador, como a respeito escreveu:

Há, porém, um limite ao exercício dos embargos de terceiro possuidor à penhora, que é traçado pelo seu próprio sentido normativo, como meio de defesa da posse contra ato judicial lesivo. Este sentido, que materialmente fundamenta e constitui os embargos de terceiro possuidor, não se realiza ou se cumpre concretamente sempre que a posse do embargante, para usar a fórmula prevista no art. 1.041º do CPC português, “se fundar em transmissão feita por aquele contra quem foi promovida a diligência judicial, se for manifesto, pela data em que o acto foi realizado ou quaisquer outras circunstâncias, que a transmissão foi feita para o transmitente se subtrair à sua responsabilidade”.

Assim, tem-se um juízo de desvalor sobre a posse, como fundamento dos embargos, quando a transmissão tenha sido feita para o devedor subtrair à sua responsabilidade, como ocorre nas hipóteses de simulação e fraude contra credores.²⁶⁷

Reconhecer a tutela da posse do compromissário independente da quitação do compromisso poderá eventualmente estimular a prática de abusos e possibilitar a ocorrência de fraude. Caso a celebração do compromisso se dê após realizada a penhora, com a imissão da posse do promitente comprador, ele estará recebendo a posse com os mesmos característicos com que lhe fora transmitida e que tinha antes da conclusão do contrato, quando não poderá opor-se à apreensão judicial.

²⁶⁷ MUNIZ, p. 12.

5 FRAUDE COMO LIMITAÇÃO À TUTELA DO PROMITENTE COMPRADOR

O compromisso de compra e venda tem como efeito programado a transferência de domínio, que se operará através do registro no cartório imobiliário competente, da escritura pública de compra e venda ou da sentença de adjudicação compulsória transitada em julgado.

Quando se estabelece na celebração do compromisso de compra e venda ficar o promitente comprador desde logo imitado na posse do imóvel, com cláusula expressa constante do contrato nesse sentido, ele poderá defendê-la, conforme as circunstâncias, através dos embargos de terceiro contra apreensões judiciais.

O sucesso nos embargos está diretamente ligado à demonstração da ausência da fraude em detrimento dos interesses dos credores do promitente vendedor. Para isso, a alienação não poderá ter malogrado a garantia dos seus credores que se encontra nos bens integrantes de seu patrimônio, dentre esses o imóvel objeto do compromisso de compra e venda.

A partir da premissa acima, deve-se ter em conta a noção de fraude. Yussef Said CAHALI explica fazer o conceito de fraude, parte do gênero má-fé, que se constitui de todo artifício ou manobra empregada para enganar e prejudicar terceiro.²⁶⁸

Para Alvino LIMA, a fraude “consiste na prática de ato ou atos jurídicos, ou na realização de fatos jurídicos, absolutamente lícitos, considerados em si mesmos, com a finalidade deliberada e consciente, de frustrar a aplicação de uma regra jurídica, prejudicando ou não interesses de terceiros e mediante a consciente co-participação, em geral, de terceiros”²⁶⁹.

²⁶⁸ CAHALI, p. 43.

²⁶⁹ LIMA, Alvino. *A fraude no direito civil*. São Paulo : Saraiva, 1965. p. 25.

Transportando a definição de Alvino LIMA para a seara do compromisso de compra e venda, constata-se que a fraude consiste na celebração de um compromisso de compra e venda com a finalidade de frustrar a aplicação do princípio da responsabilidade patrimonial em relação aos bens do devedor, com a participação consciente do promitente comprador de que esse negócio jurídico tem a finalidade de lesar o credor, causando-lhe um prejuízo.

Caberá, então, ao promitente comprador, demonstrar que a fraude não se operou porque foi diligente na obtenção das certidões negativas indispensáveis à celebração do contrato ou mesmo porque o compromisso foi celebrado em data muito anterior à da insolvência do promitente vendedor. Do contrário, a responsabilidade poderá incidir sobre o bem compromissado, e os embargos de terceiro poderão ser julgados improcedentes, esteja ou não registrado o compromisso, não se podendo impedir a incidência do princípio da responsabilidade patrimonial, não se produzindo aquilo que Cândido Rangel DINAMARCO denominou “efeito secundário” do ato de alienação²⁷⁰.

Nesse sentido, o resultado programado do compromisso não se exaure na transferência patrimonial, mas produz outro, o secundário, que independe da vontade dos contratantes — promitente comprador e vendedor —, porque se impõe pela lei, é externo ao negócio ou ato jurídico por eles praticado.

A conseqüência secundária do negócio jurídico de alienação ou oneração de bens é a de excluir o bem alienado do acervo patrimonial. Este representa a garantia das obrigações do alienante, nos termos do que prevê o Código de Processo Civil no artigo 591, ao estabelecer que o devedor responde para o cumprimento de suas obrigações com seus bens presentes e futuros.²⁷¹

²⁷⁰ DINAMARCO, *Execução civil*, p. 250.

²⁷¹ “Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

Da lição de Rangel DINAMARCO confirma-se que, na hipótese de não se configurar nenhuma modalidade de fraude causada pela celebração do compromisso de compra e venda, dele não só decorrerá a futura transmissão do domínio com o registro da escritura pública de compra e venda, mas também a exclusão da possibilidade de incidência sobre o imóvel, da responsabilidade por inadimplemento de obrigações do alienante. Têm sentido análogo as considerações de Willis Santiago GUERRA FILHO de que, segundo a civilística alemã, a responsabilidade (*Haftung*) é distinta da dívida (*Schuld*) em relação ao credor, diante do estado de sujeição dos bens do obrigado à ação do credor. O débito é de natureza personalíssima, representado pelo dever de satisfazer a prestação da obrigação, e difere da responsabilidade, esta é representada pelo patrimônio do obrigado, que fica vinculado à satisfação do débito quando “a responsabilidade se justapõe ao débito”²⁷².

A partir dessa duplicidade de efeitos decorrentes da alienação²⁷³ passa a disciplina da fraude a ter importância em duas perspectivas distintas. Na primeira, que se estabelece em relação à eficácia e à validade do negócio jurídico, em si mesmo considerado como apto a transferir a titularidade da propriedade. Na segunda, que impede a incidência do princípio da responsabilidade patrimonial sobre o bem, independente da validade e eficácia inicial do negócio jurídico.

Desse modo, ao estar caracterizada a fraude, haverá responsabilidade incidente sobre o bem, e o ato de disposição poderá ser considerado ineficaz em relação ao credor exequente e ao processo executivo, ou anulável, conforme se trate de fraude de execução ou contra credores, respectivamente.²⁷⁴

²⁷² GUERRA FILHO, Willis Santiago. Responsabilidade patrimonial e fraude à execução. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 176-177, jan./mar. 1992.

²⁷³ Efeito principal: a transmissão do domínio; efeito secundário: a exclusão da responsabilidade sobre o bem relativamente às obrigações do alienante.

A fraude contra credores é analisada, a esta altura do trabalho, independentemente da controvérsia acerca da possibilidade de sua apreciação em sede de embargos de terceiro, bem como de suas consequências no plano do negócio jurídico, matérias que serão examinadas oportunamente adiante.

A circunstância de o promitente vendedor devedor passar a alienar ou a onerar seus bens, provocando desequilíbrio entre o seu patrimônio e as suas obrigações e respectivos débitos — consciente de que esses atos, praticados, às vezes em conluio com os próprios adquirentes ou beneficiários das onerações, o levarão à insolvência, com prejuízo de seus credores — levou o legislador a coibi-los, pois, embora válidos, são passíveis de anulação ou ineficácia, conforme o caso e o entendimento acerca das conseqüências do ato fraudulento.

A fraude é caracterizada pela materialização de um ato que, embora considerado válido, porque elaborado na forma da lei²⁷⁵, é concretizado por uma ou ambas as partes contratantes com o objetivo de prejudicar alguém. Ela se realiza através de atos com os quais o devedor procura desfalcas o seu patrimônio, a garantia de seus credores, de modo que fique impedida a aplicação do princípio da responsabilidade.

Em si, não é propriamente a manutenção da integralidade do patrimônio do devedor que importa aos credores, pois não lhes interessa o efeito principal, que é a transmissão do domínio. O que se lhes apresenta mais relevante é impedir o desencadeamento do efeito secundário, representado pela eliminação da responsabilidade executiva sobre o bem alienado pelo devedor inadimplente.

Essa forma de ver a questão da fraude, tida como correta no âmbito do presente trabalho, é exposta por Cândido Rangel DINAMARCO, ao asseverar: “Nada obsta a que o devedor aliene quantos bens quiser, nem a que a transmissão do domínio se dê efetivamente, válida e eficaz: o que importa é que, *apesar da transmissão do domínio*, o bem continue sob responsabilidade por certas obrigações do alienante. O que se exclui, nos casos de fraude, é a eficácia secundária do negócio jurídico —, não a programada, típica”²⁷⁶.

²⁷⁵ Conforme Carlos Alberto da Mota PINTO, a invalidade resulta de deficiências do negócio contemporâneas da sua formação. Afirma o autor que “o negócio anulável é, em princípio, **apesar do vício, tratado como válido**. Se não for anulado no prazo legal e pelas pessoas com legitimidade, passa a ser definitivamente válido. Se for anulado, no tempo e forma devidos, considera-se que os efeitos visados não se produziram desde o início, como nunca tendo tido lugar [sem grifo no original]”. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 612.

²⁷⁶ DINAMARCO, *Execução civil*, p. 252.

Alvino LIMA e José Gaspar Gonzaga FRANCESCHINI, com entendimento semelhante, observam pleitear o credor, através da ação própria, a aplicação do princípio da responsabilidade patrimonial do devedor. Para esses autores, na fraude — seja de execução, seja contra credores —, não se anula o ato fraudulento, mas proclama-se a sua ineficácia relativa, de modo que se torne inoponível ao credor fraudado, autorizando a agir sobre os bens transferidos do patrimônio do devedor para o de outrem, terceiro adquirente, partícipe da fraude.²⁷⁷

Com o ato fraudulento tem o alienante o objetivo de diminuir o seu patrimônio, para com isso locupletar-se através de ato aparentemente válido em si mesmo, mas prejudicial ao direito dos credores, terceiros na relação jurídica de alienação. Através da fraude, visa o devedor, por conseguinte, excluir o efeito secundário da alienação — a sua responsabilidade patrimonial consagrada no já mencionado artigo 591 do Código de Processo Civil —, de modo que o ato dispositivo transgride intencional e conscientemente essa regra de direito.

É necessário saber, então, quando se tem caracterizada cada uma das possíveis modalidades de fraude — como a de execução e a contra credores — no âmbito do Direito Civil, do Direito Processual Civil e também na Lei de Falências.

Para isso é indispensável observar a data da celebração do negócio jurídico dispositivo relativo ao imóvel, bem como atentar para o fato de o compromissário, ao interpor os embargos, ainda não ser titular do direito de propriedade, como preceitua o artigo 530, inciso I, do Código Civil.

5.1 ALGUMAS HIPÓTESES

Várias são as hipóteses que poderiam ser analisadas para se aferir a configuração da fraude no âmbito do compromisso de compra e venda. Como não é possível cogitar de todas elas, serão apreciadas as que têm maior relevância e

²⁷⁷ LIMA, Alvino, p. 22; FRANCESCHINI, José Gaspar Gonzaga.: Ação Pauliana. Requisitos. Fraude contra credor. Alienação de imóvel anulada. Ação procedente. Apelação improvida. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 254, out./dez. 1980.

destaque na perspectiva do tema proposto, a saber: a) o imóvel é compromissado à venda e quitado depois da propositura de ação civil, cuja procedência do pedido é causa da insolvência do promitente vendedor, seja ou não registrado o compromisso logo em seguida à sua celebração; b) o imóvel é compromissado à venda depois de caracterizado o estado de insolvência ou de decretada a falência do promitente vendedor, seja ou não registrado o contrato de compromisso, quando da celebração, haja ou não intenção de fraudar; c) o compromisso de compra e venda é celebrado e quitado em data anterior à da caracterização da insolvência ou ao termo legal da falência do promitente vendedor, mas registrado após esses fatos ou no período correspondente ao termo legal de falência; d) o compromisso de compra e venda é celebrado em data anterior à da insolvência ou em período não compreendido pelo termo legal de falência do promitente vendedor, mas quitado e registrado somente depois da insolvência ou no período suspeito que antecede a decretação da quebra.

Ao refletir sobre cada uma dessas hipóteses, qual o critério estabelecido pelo legislador para configurar a fraude no caso de alienação: a data da celebração do compromisso de compra e venda, a data da efetivação da quitação preço ou a data da inscrição do contrato de compromisso de compra e venda no registro de imóveis?

A resposta a essa indagação somente será obtida após análise do que disciplinam sobre a matéria o Código Civil, o Código de Processo Civil, a Lei de Registros Públicos e a Lei de Falências.

5.1.1 Fator determinante nos casos de alienação de imóveis

O Código de Processo Civil, ao disciplinar no artigo 593, inciso II, a fraude de execução, utiliza a locução “quando, ao tempo da alienação ou oneração”²⁷⁸, já o Código Civil, no artigo 106 emprega o período “transmissão de

²⁷⁸ “Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens: [...] II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência; [...]”

bens²⁷⁹. Esses diplomas não fazem nenhuma referência expressa à questão do registro imobiliário. Somente no artigo 535, parágrafo único, a questão do registro é disciplinada, quando sobrevindo falência ou insolvência do alienante, o comprador que já houver registrado ou prenotado o contrato, mas não houver efetivado o pagamento, deverá depositá-lo em juízo.²⁸⁰

Resta esclarecer se há necessidade de apresentar o título de domínio (o registro de imóveis) ou certidão do teor da matrícula do imóvel onde conste registrado o compromisso, ou se o que prevalece para efeitos de fraude é a data da celebração e a da quitação do compromisso de compra e venda. É indispensável saber se a data de registro imobiliário do contrato é apenas um ato complementar em relação ao negócio jurídico celebrado ou é aspecto essencial para a configuração da fraude.

Consoante exposto em páginas anteriores, é certo que, para todos os efeitos legais, o adquirente não é proprietário antes da transcrição ou do registro imobiliário da escritura pública de compra e venda, uma vez que formalmente o imóvel ainda não deixou de integrar o patrimônio do alienante para vir acrescer ao do comprador. É, por sinal, justamente essa circunstância que na maioria das vezes leva à apreensão judicial do imóvel prometido à venda, pois é com base no conteúdo do teor da certidão da matrícula do registro de imóveis que o credor exequente indica ou nomeia o imóvel compromissado à penhora. Resta saber se para efeitos de fraude essa mesma regra deve ser aplicada.

Com o compromisso de compra e venda registrado na matrícula do imóvel, o direito obrigacional do promitente comprador passa a ter oponibilidade,

²⁷⁹ "Art. 106. Os atos de transmissão gratuita de bens, ou remissão de dívida, quando os pratique o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, poderão ser anulados pelos credores quirografários como lesivos dos seus direitos. Parágrafo único. Só os credores, que já o eram ao tempo desses atos, podem pleitear-lhes a anulação". [sem grifo no original].

²⁸⁰ "Art. 535. Sobrevindo falência ou insolvência do alienante entre a prenotação do título e a sua transcrição por atraso do oficial, ou dúvida julgada improcedente, far-se-á, não obstante, a transcrição exigida que retroage, nesse caso, à data da prenotação. Parágrafo único. Se, porém, ao tempo da transcrição ainda não estiver pago o imóvel, o adquirente, logo que for notificado da falência, ou tenha conhecimento da insolvência do alienante, depositará em juízo o preço."

eficácia diante de terceiros, como *supra* exposto. Ocorre, entretanto, que mesmo que esteja registrado o contrato, não estando quitado, não será possível sustentar a não ocorrência de fraude contra credores ou de execução, uma vez que antes da quitação não há como pleitear a outorga da escritura pública de compra e venda definitiva, exceto se o devedor depositar o saldo do preço, nos termos do artigo 535 do Código Civil. Uma solução nesses termos poderá ser injusta se o promitente comprador já pagou a quase totalidade do preço do imóvel. Nesse caso, a posse do promitente comprador, embora justa, não é plena antes da integralização do preço pactuado, como já examinado.

Tanto isso é correto que o Código Civil estabelece, no artigo 108, que se o preço não estiver pago e for aproximado ao de mercado, o adquirente se desobrigará depositando-o em juízo, com a citação dos interessados.²⁸¹ A questão que se coloca é saber qual o procedimento a ser adotado pelo promitente comprador, se a parte do preço que seria suficiente para saldar o débito já foi paga ao promitente vendedor. Deverá o promitente comprador depositar em juízo a diferença restante, ainda que essa importância seja insuficiente para saldar o débito do promitente vendedor?

Em princípio, de nada adiantará realizar o depósito parcial do valor pleiteado na execução, já que não será suficiente para saldar a dívida do promitente vendedor, o que não eliminará a pretensão do credor de ver satisfeito o seu crédito com base na alienação judicial do imóvel. Uma atitude dessa natureza pode ter o efeito de reforçar a boa-fé do promitente comprador, além de diminuir o valor do débito, se o promitente comprador resolver quitá-lo, de modo a se operar a sua subrogação nos direitos do credor.

O credor exequente argumenta, em geral, que não se poderia exigir dele o conhecimento da relação obrigacional oriunda do compromisso de compra e venda, uma vez que não existente à época, o registro do contrato, conforme certidão do

²⁸¹ “Art. 108. Se o adquirente de bens do devedor insolvente ainda não tiver pago o preço e este for, aproximadamente, o corrente, desobrigar-se-á depositando-o em juízo, com a citação edital de todos os interessados.”

teor da matrícula do imóvel, obtida por ocasião da celebração da obrigação da qual resulta a execução. Inexistente o registro do contrato de compromisso ao tempo da celebração do contrato do qual decorre a dívida, considerava o credor, como garantia do cumprimento da obrigação, o imóvel do devedor/promitente vendedor.

Em reforço à argumentação acima, o credor sustenta, também, o fato de que formalmente o bem compromissado ainda integra o patrimônio do devedor, pois somente o registro opera a transferência do domínio, conforme artigo 530, inciso I, do Código Civil.²⁸² Registrado como propriedade do devedor alienante, sob o caráter formal, a propriedade ainda lhe pertence.

A situação será diferente caso o compromisso de compra e venda esteja quitado antes da caracterização da situação de insolvência ou da propositura da demanda, conforme a modalidade de fraude que se apresente, ainda que falte o registro do contrato ou a sua transcrição na matrícula do imóvel, mas o promitente comprador esteja na posse do imóvel. Nesses casos não se poderá falar de fraude propriamente dita.

O compromisso que foi pactuado e quitado antes do vencimento da obrigação exequenda ou antes mesmo da sua celebração, embora não tenha oponibilidade *erga omnes* pela falta do registro ou da transcrição do negócio jurídico no registro de imóveis, não deve, só pela inexistência do registro, ser considerado fraudulento. Sob outro ângulo, estando o promitente comprador na posse efetiva do imóvel, com *animus domini*, não poderia o credor do promitente vendedor desconsiderá-la, desconhecê-la ou ignorá-la. A publicidade oriunda da posse efetiva do promitente comprador, repita-se, não se registra.

Para aferir a época da pactuação do negócio jurídico dispositivo, o julgador poderá basear-se na data da celebração da escritura pública, quando utilizada essa forma. Celebrado por instrumento particular, poderá ter como referência a data do

²⁸² V. nota de rodapé 24, página 15.

reconhecimento de firma das partes e das testemunhas²⁸³ ou ainda a época da efetivação dos pagamentos, quando puderem ser comprovados por extratos bancários ou através de levantamento contábil. A data do registro do contrato junto ao cartório de títulos e documentos também pode auxiliar, caso não tenha sido possível registrá-lo na matrícula do imóvel, perante o cartório de registro de imóveis, por ausência de alguma formalidade. A verificação da data assinatura e da quitação do instrumento particular de compromisso de compra e venda é de fundamental importância em termos de caracterização da fraude, devendo ser demonstrada da maneira mais inequívoca e idônea possível.

Há, conseqüentemente, uma diferença substancial, para efeitos de fraude, entre a data da celebração do contrato de compromisso de compra e venda, a data da efetivação da quitação e derradeiramente a data do registro do contrato de compromisso ou da transcrição do título —escritura pública de compra e venda—, no registro de imóveis, com a consolidação definitiva da transmissão do direito de propriedade.

Conforme se demonstrará na seqüência, deverá em muitos casos prevalecer, para os efeitos de tutela da boa-fé do terceiro adquirente, a data da celebração e da quitação do negócio jurídico dispositivo, independente da data da transcrição ou do registro do contrato, embora seja correto dizer que o domínio somente se adquire pelo registro do título na matrícula do imóvel, no cartório de registro de imóveis, diante do que disciplina o artigo 530, inciso I, combinado com o artigo 533, todos do Código Civil.

Desse modo, sendo correto que o direito de propriedade dos bens imóveis somente se constitui depois de registrado o título aquisitivo perante o cartório de imóveis competente, não havendo dúvidas de que o contrato por si só não é apto a

²⁸³ Há quem entenda ser a data do registro do contrato celebrado por instrumento particular, a única aceitável como fidedigna, não sendo bastante a data do reconhecimento de firmas para conferir autenticidade acerca da época da sua celebração. É essa a posição de Alcides de Mendonça LIMA, em artigo publicado. (Embargos de terceiro - Curso nas férias - Deferimento da liminar - Ausência de caução do embargante - documento particular não registrado - Ineficácia contra terceiros - Valor da causa e honorários - Intimação do advogado do embargado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 233-238, jul./set. 1983.)

gerar um direito real ou ter oponibilidade em face de terceiros, enquanto não registrado, é exato também que o registro imobiliário não deve ser considerado o limite último para que a fraude se considere aperfeiçoada.

Muitas vezes será injusto erigir o registro do contrato de compromisso de compra e venda como o elemento fundamental para delimitar a caracterização da fraude. Até porque, mesmo estando registrado o compromisso ou transcrita a escritura pública de compra e venda, ainda assim não restará de todo afastada a possibilidade da ocorrência de fraude, especificamente se comprovada a anterioridade da litispendência²⁸⁴ ou da situação de desfalque patrimonial do alienante, por ocasião da pactuação do negócio jurídico. Nesses casos, não será o registro do título que conferirá eficácia ao compromisso de compra e venda em relação ao credor exequente, assim como a ausência do registro não deve fazer deduzir, só por isso, a ocorrência de fraude.²⁸⁵

A inferência acima é contrária, muitas vezes, ao estabelecido em lei, como a Lei de Registros Públicos, que é peremptória no artigo 215 ao prescrever serem “nulos” os registros efetuados após a sentença de abertura de falência ou no termo legal nela fixado²⁸⁶. Igualmente o artigo 52, inciso VII, da Lei de Falências, ao estabelecer a “ineficácia”, em relação à massa, da transcrição de transferência de propriedade realizada após a decretação do sequestro ou da declaração de falência.²⁸⁷

²⁸⁴ Conforme Arruda ALVIM e Teresa Arruda Alvim PINTO, a litispendência “se constitui na existência de dois processos com as mesmas partes e a mesma lide, simultaneamente produzindo efeitos, o que contraria a economia e a certeza judiciais. Nesta hipótese, o segundo processo, qual seja, aquele em que se deu a citação cronologicamente posterior, deverá ser extinto sem julgamento de mérito” (*Manual de direito processual civil* : processo de conhecimento. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. v. 2, p. 219). O vocábulo é utilizado, portanto, no sentido de lide pendente, em trâmite.

²⁸⁵ Sobre isso, afirma Yussef Said CAHALI: “Basta que se considere que o só registro do compromisso não afasta a possibilidade de ter havido fraude de execução, de modo que, se comprovada a ocorrência de fraude pela anterioridade da litispendência quando do ato de disposição, não será o registro do título que irá dar eficácia ao negócio nele estampado em relação ao credor exequente, do mesmo modo que da ausência do referido registro não se pode inferir só por isso a ocorrência de fraude” (p. 518).

²⁸⁶ “Art. 215. São nulos os registros efetuados após a sentença de abertura de falência, ou do termo legal nele fixado, salvo se a apresentação tiver sido feita anteriormente.”

²⁸⁷ “Art. 52. Não produzem efeito relativamente à massa, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores: [...] VII - as inscrições de direitos reais, as transcrições de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a

Não há dúvida de que o registro do contrato de compromisso de compra e venda confere publicidade à relação jurídica obrigacional e, com ela, oponibilidade diante de terceiros, proporcionando ao julgador maior segurança sobre a inexistência de fraude. Ausente o registro, ainda assim, não se deve negar ao promitente comprador a possibilidade de produzir todas as provas permitidas em lei para demonstrar a autenticidade e a anterioridade do negócio dispositivo em relação à instauração do processo judicial ou mesmo antes de caracterizar-se o estado de insolvência do alienante executado.

Essa posição se justifica, porque o instituto da fraude, seja contra credores, seja de execução, foi concebido para coibir atos de disposição praticados pelo devedor consciente de que eles farão surgir ou agravar a sua insolvabilidade, situação essa incompatível com a boa-fé do promitente comprador.

5.1.2 Tutela da boa-fé e fraude

A boa-fé — o elemento primordial a ser considerado, como se pretende demonstrar — justifica devam ser respeitados os direitos alienados anteriormente à situação de insolvência e à pendência da lide, ainda que registrados posteriormente, mesmo que essa postura seja oposta que prevê a Lei de Registros Públicos, no seu artigo 215, e ao que estabelece a Lei de Falências em seu artigo 52, inciso VII. Isso porque, analogicamente ao que explica Luiz Edson FACHIN ao referir-se à noção de posse justa, a aplicação lógico-dedutiva e formalista desses dispositivos levará ao reconhecimento da fraude, com limitação à tutela da posição jurídica do promitente comprador com fundamento na posse e improcedência do pedido da ação de embargos de terceiro, decisão que se distanciará da realidade social com a perpetração de injustiça, porquanto, no dizer desse autor “o Direito [...] não pode consistir em sistema lógico-formal distanciado da realidade social”²⁸⁸.

imóveis, realizadas após a decretação do seqüestro ou a declaração da falência, a menos que tenha havido prenotação anterior; a falta de inscrição do ônus real dá ao credor o direito de concorrer à massa como quirografário, e a falta de transcrição dá ao adquirente ação para haver o preço até onde bastar o que se apurar na venda do imóvel; [...].”

²⁸⁸ FACHIN, Reivindicação. Posse Justa. Admissibilidade, p. 277-283.

Se alguém, muito antes da insolvência do alienante ou da propositura de uma demanda que possa levá-lo a tal situação patrimonial, celebra um compromisso de compra e venda ou uma escritura pública de compra e venda sem diligenciar o registro do contrato perante o cartório imobiliário, nem por isso se haverá de reputá-lo adquirente de má-fé, para efeito de fraude. Não é, como já demonstrado, a falta do registro do contrato de compromisso de compra e venda na matrícula do imóvel que macula o elemento subjetivo, interno, do promitente comprador, de modo que se demonstre sua real intenção de fraudar. A alegação de fraude pauliana, uma vez admitida nos embargos de terceiro, não deve prosperar com base unicamente na questão registral.

É possível argumentar que a não efetivação do registro imobiliário do contrato, pelo promitente comprador, é algo indesculpável. Nesse caso estaria caracterizada uma culpa grosseira com base na qual não se poderia protegê-lo através do instituto da boa-fé, contra a pretensão do credor de buscar a satisfação do seu direito de crédito através da alienação judicial do bem objeto do contrato de compromisso.

Pode haver grave injustiça para com o promitente comprador se, unicamente porque o negócio jurídico dispositivo não foi registrado perante o cartório de registro de imóveis, não tendo oponibilidade *erga omnes*, lhe for atribuída conduta fraudulenta. Estando o compromisso de compra e venda há tempo quitado, desde muito antes da data da constituição da obrigação ou do vencimento da dívida objeto da execução de que resulta a insolvência do promitente vendedor, não haveria como reputá-lo fraudulento só pela falta do registro. O mesmo se pode afirmar do comprador que ainda não tem registrada em seu nome, na matrícula do imóvel, a escritura pública de compra e venda, não podendo ser considerado formalmente como proprietário, embora tenha celebrado e quitado o negócio jurídico muito tempo antes da insolvência do vendedor.

Celebrado e quitado o compromisso de compra e venda anteriormente à constituição da obrigação da qual resulta a insolvência, mas registrado em data

posterior, nem por isso se deve cogitar desde logo da configuração de fraude contra credores, porque não se pode admitir uma fraude preordenada para o futuro.²⁸⁹

O credor do promitente vendedor não poderá alegar fraude se, anteriormente ao momento da constituição da obrigação da qual resulta o seu crédito, o promitente vendedor compromissou à venda o imóvel integrante de seu patrimônio, independente do fato de que essa obrigação tenha ou não oponibilidade diante de terceiros.

Em boa parte das vezes o promitente comprador até mesmo desconhece, ignora a necessidade do registro para produção de efeitos *erga omnes* do contrato, muito embora a ninguém seja dado escusar-se com base na ignorância da lei. Em outros casos, mesmo sabendo da necessidade do registro, há impossibilidade de efetivá-lo por culpa exclusiva do promitente vendedor²⁹⁰. Não é a falta do registro que demonstra a falta de boa-fé subjetiva (ignorância) e objetiva (lealdade)²⁹¹ do promitente comprador em relação ao promitente vendedor e a terceiros.

²⁸⁹ V. nota de rodapé 279, na página 161.

²⁹⁰ Exemplos: no caso de não estar registrada a incorporação de edifício nos termos do que se comprometera o promitente vendedor; falta que impede, por sua vez, o registro dos compromissos de compra e venda para aquisição das frações ideais do solo e da unidade habitacional em construção, a falta do registro da escritura pública de constituição do condomínio. Ou ainda, a descrição do imóvel constante do contrato de compromisso de compra e venda não confere com a descrição do registro imobiliário e o promitente vendedor, de má-fé, recusa-se a retificá-lo mediante termo aditivo, a existência de hipoteca regularmente registrada, com base na qual o Oficial do cartório de registro de imóveis se recusa registrar o compromisso de compra e venda sem carta de anuência do credor hipotecário.

²⁹¹ Segundo José Luis de los MOZOS, a boa-fé objetiva cumpre uma função normativa, ao ser considerada como um princípio geral de direito, requerendo uma apreciação concreta em relação ao caso controvertido. Seria o arquétipo, o modelo, o padrão de uma conduta elevada à norma que se desenvolve em aplicações concretas estruturadas pelo próprio ordenamento jurídico e da qual se configuram as situações de boa-fé subjetiva. A boa-fé objetiva compreende em suas aplicações os mais diversos aspectos, de modo a penetrar inclusive na esfera da boa-fé subjetiva. Para LOS MOZOS, não é só a autonomia privada que impõe limite à aplicação do princípio da boa-fé, mas também a própria lei. A boa-fé subjetiva, no cumprimento das obrigações, pode surgir das circunstâncias da vida contratual, normalmente revelando-se como consequência da boa-fé objetiva. Esta equivale também, no campo comercial, à confiança depositada de uma parte em relação a outra, na crença de que não enganará. Como exemplo de aplicação da boa-fé objetiva, o autor cita a cláusula *rebus sic standibus*, em que, de maneira subentendida, se aplica aos contratos de execução continuada ou de trato sucessivo, quando o devedor pode pedir a resolução do contrato em detrimento do princípio *pacta sunt servanda*, diante de certas circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis, especialmente se a prestação resultar extremamente gravosa, com desproporção exorbitante em relação à contraprestação, não havendo outra forma de evitar o prejuízo. Portanto, no plano dos princípios é invocável a boa-fé como meio de servir à fundamentação da revisão contratual em razão de alterações na base do negócio. O essencial da boa-fé objetiva em sentido próprio é que ela é normativa e por isso tem aplicação através da integração da vontade negocial, ao passo que a boa-fé objetiva imprópria tem aplicação em matéria de interpretação. É a diferença que há entre integração e interpretação da vontade negocial. A boa-fé subjetiva ou boa-fé de cumprimento depende da atitude de qualquer das partes contratantes no desenvolvimento da relação jurídica obrigacional. Se a boa-fé (objetiva) inspira a formação da relação obrigacional, como consequência dela se formam as aplicações particularizadas no desenvolvimento dessa mesma relação, através do modo de prestar o cumprimento. Por

Quanto ao elemento externo da obrigação ou à boa-fé objetiva²⁹², há motivos para o promitente comprador confiar no promitente vendedor, quando certidões negativas²⁹³ demonstrem e o levem a crer na probidade do promitente vendedor em relação ao negócio jurídico imobiliário.

Quando munido das certidões negativas relativas ao imóvel e ao promitente vendedor, será possível o promitente comprador sustentar uma ignorância desculpável quanto à necessidade do registro do contrato, já que ao celebrar o compromisso não faltou com os deveres normais de cautela (boa-fé subjetiva).

À hipótese são aplicáveis as ponderações de Menezes CORDEIRO, de que “é considerado de boa-fé o terceiro adquirente que no momento da aquisição desconhecia, sem culpa, o vício do negócio nulo ou anulável”²⁹⁴.

Observa esse autor português que a referência à culpa demonstra haver deveres de cautela, cuidado e diligência, um mínimo de precauções a serem tomadas, a fim de evitar as conseqüências de um negócio maculado. Por isso é que as certidões acima mencionadas proporcionam a criação no *animus* do promitente comprador, de um estado de confiança na contraparte em relação ao negócio celebrado. Assim, conquanto não tenha diligenciado por registrar o contrato, terá direito à proteção, se procedeu com cautela e zelo de um *bonus pater familias*²⁹⁵, quando acreditou, pelas

exemplo: o credor não é obrigado a aceitar o cumprimento parcial. Há portanto deveres de conduta que se referem à forma ou maneira de execução e de cooperação entre as partes para que alcancem o cumprimento da obrigação. (El principio de la buena fe : sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español. Barcelona : Bosch, 1965. 51 bis.)

²⁹² Conforme Fernando NORONHA, a boa-fé objetiva se refere a elementos externos, a normas de conduta que determinam como se deve agir, é a boa-fé princípio. É a boa-fé como regra de conduta, devendo-se agir conforme determinados padrões de lisura e honestidade. Através dela se tutela quem acreditou que a outra parte procederá de acordo com padrões de conduta exigíveis. (p. 131-137)

²⁹³ Certidões negativas de ônus relativas ao imóvel, do protesto de títulos e documentos, do distribuidor cível, trabalhista e criminal, assim como das certidões de natureza fiscal do imóvel e da pessoa do promitente vendedor, toda elas obtidas no domicílio do vendedor e na comarca da localização do bem.

²⁹⁴ CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra : Almedina, 1984. v. 1, p. 486.

²⁹⁵ Essa expressão designa o comportamento do bom cidadão, do profissional competente, dos cuidados do homem comum, de um modelo de pessoa razoavelmente diligente, da qual não é exigível um proceder de extrema ou exagerada cautela. Conforme GOMES, “esse tipo figurado serve como modelo a que deve se ajustar todo indivíduo, se quer ter conduta irrepreensível. Se o comportamento do autor do ato não for o que teria, em iguais circunstâncias, esse tipo abstrato de homem diligente, é considerado culposos”. (Obrigações, p. 325).

circunstâncias do momento da celebração do compromisso, que estava contratando com um promitente vendedor íntegro.

Haverá deslealdade por parte do promitente vendedor ao agir com falta de lisura e honestidade ao celebrar compromisso de compra e venda com o dolo²⁹⁶, com a intenção de desfalcocar o seu patrimônio em relação à pretensão de credores, quando esse fato é desconhecido do promitente comprador. Nesse caso, o promitente vendedor estará a agir com falta de boa-fé objetiva, com a quebra da confiança depositada pelo promitente comprador quanto à garantia de estabilidade e segurança do contrato. Com base nas certidões não poderia prever ou crer na falta de boa-fé objetiva, a ausência de lealdade por parte do promitente vendedor, uma vez que havia a expectativa de que agiria com correção e lealdade. Fernando NORONHA observa ser no sentido objetivo que se fala em boa ou má-fé no artigo 109 do Código Civil²⁹⁷, em relação à fraude contra credores. Consoante suas palavras:

Já, porém, o fato de a pessoa estar em estado (subjetivo) de boa-fé não significa que não possa estar infringindo o dever (objetivo) de agir de boa-fé. Se ela não conhece, nem tinha a obrigação de conhecer a verdadeira condição da situação jurídica que tinha diante de si, e assim age, violando sem saber direito de outrem, estará de boa-fé (subjetiva) e também procederá de boa-fé (objetiva). Se, todavia, não conhece, mas tinha a obrigação de conhecer, o seu estado de ignorância será irrelevante, e ela, ao proceder, infringirá o dever (objetivo) de respeitar a boa-fé; não se poderá, porém, dizer que esteja necessariamente agindo de má-fé, porque a boa-fé subjetiva pode persistir, mesmo havendo culpa, se o caso for daqueles em que baste a mera boa-fé psicológica. A distinção, aqui, é paralela àquela entre culpa e dolo: ambos são *ilícitos*, mas a gravidade do dolo é maior e, por isso, mais graves as conseqüências jurídicas.²⁹⁸

²⁹⁶ Consoante Carlos Alberto da Mota PINTO, haverá dolo “quando se verifique o emprego de qualquer sugestão ou artifício com a intenção ou a consciência de induzir ou manter em erro o autor da declaração, ou quando tenha lugar a dissimulação, pelo declaratório ou por terceiro, do erro do declarante.” No dolo fraudulento, para ele, há o intuito ou a consciência de prejudicar. (Teoria Geral ..., p. 519-520) Para Miguel Maria de Serpa LOPES, o dolo “é um artifício desonesto, anterior ou concomitante ao contrato, cujo objetivo é o de levar alguém a contratar por meio de uma convicção falseada por esse artifício” (Curso de direito civil : introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 7. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1989. v. 1, p. 394-395).

²⁹⁷ “Art. 109. A ação, nos casos dos arts. 106 e 107, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé [sem grifo no original]”.

²⁹⁸ NORONHA, p. 141.

Nessa linha de raciocínio e para efeitos de tutela da boa-fé, verifica-se que a permanência do bem compromissado no patrimônio do promitente vendedor executado, enquanto não registrado o título do adquirente, mas já quitado o preço, é apenas formal, como observa Yussef Said CAHALI:

Ora, tratando-se que escritura definitiva de compra e venda (como de qualquer ato similar de disposição), ou mesmo de simples *compromisso quitado de compra e venda* (ou de cessão definitiva de direitos do compromissário comprador), apenas *formalmente*, à força da literalidade com que se expressam os preceitos legais citados, o disponente continua como proprietário do imóvel, ou dos direitos reais a ele relativos, pois, na realidade, não mais conserva, nada além desse *status*, sem qualquer direito contra o adquirente.

De fato, uma vez pago integralmente o preço, o *valor* respectivo do imóvel já não mais continua integrando o *patrimônio ativo* do alienante-devedor.²⁹⁹

Se é possível cogitar, diante do compromisso de compra e venda não registrado, haver presunção relativa de fraude, uma vez que o registro também delimita no tempo a autenticidade do ato de alienação, além de lhe confere publicidade, essa presunção, por admitir prova em contrário, permite ao adquirente refutá-la. Para tanto deverá demonstrar a autenticidade e a anterioridade do negócio jurídico dispositivo em relação à obrigação da qual deriva a execução. Inexistente o registro do contrato, há para o promitente comprador, o ônus de demonstrar a precedência da celebração do compromisso de compra e venda em relação ao estado de insolvência do promitente vendedor.

5.2 EFEITO DA FRAUDE CONTRA CREDITORES

Cumprе estabelecer qual o efeito do reconhecimento da fraude contra credores e da fraude de execução. Importa desvendar se as conseqüências são idênticas, qualquer que seja a modalidade de fraude, ou existe alguma diferença. O Código Civil, ao disciplinar a fraude contra credores, utiliza o vocábulo “anulável”,

²⁹⁹ CAHALI, p. 521-522.

especificamente nos artigos 106, 107 e 113, ao referir-se aos atos do devedor que lhe desfalca o patrimônio para reduzi-lo à insolvência.³⁰⁰

Para se ter exata compreensão da consequência jurídica resultante do reconhecimento da fraude, é fundamental tecer algumas considerações sobre a inexistência, a anulabilidade, a nulidade, e a ineficácia.³⁰¹ A partir de então será possível estabelecer qual desses efeitos melhor se aplica à hipótese, conforme a modalidade de fraude.

Têm-se por inexistentes os negócios jurídicos em que falta um pressuposto material de constituição, não reunindo os elementos de fato compostos da sua natureza ou do seu objeto. O negócio inexistente independe de declaração judicial, qualquer pessoa pode alegá-la, não produz efeitos, não pode ser confirmado e não prescreve. Exemplo é o casamento celebrado em encenação teatral. Se o ato é existente para o direito, então será possível indagar da sua nulidade, anulabilidade e de sua eficácia.

A nulidade se caracteriza pela sanção que a lei impõe a atos praticados em desobediência às suas prescrições e determinações, geralmente por imperfeição na

³⁰⁰ “Art. 106. V. nota de rodapé 289, página 168. Art. 107. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contraente. [...] Art. 113. Anulados os atos fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores [sem grifos no original]”.

³⁰¹ Não constitui objeto do presente trabalho o estudo da existência, da validade ou da eficácia dos negócios jurídicos, que serão versados unicamente no que interessa ao âmbito do assunto aqui explanado. Conforme Antônio Junqueira de AZEVEDO, elemento do negócio jurídico é tudo o que lhe dá existência no campo do direito. Faz a seguinte classificação: elementos gerais são aqueles próprios de todo e qualquer negócio jurídico (exemplifica com a forma, o objeto, circunstâncias negociais, o agente, o lugar e o tempo); elementos categoriais, são próprios de cada tipo de negócio podendo ser derogáveis ou inderrogáveis (essenciais); e elementos particulares, existentes em relação a um negócio específico, cujo número é ilimitado. Para esse autor, a validade “é a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas. Exemplifica com a compra e venda em que há indeterminação absoluta do preço (elemento categorial inderrogável), expressa na cláusula “pagará o que quiseres”. Por força do artigo 1.125 do Código Civil, nesse caso, haverá nulidade. Com relação à ineficácia, explica AZEVEDO que pode haver eficácia do nulo e ineficácia do válido, o que demonstra não se poder confundir válido com eficaz e nulo com ineficaz, pois há ato válido ineficaz (exemplo é a compra e venda em fraude de execução), como ato nulo eficaz (exemplo: casamento putativo, produzindo efeitos em relação aos filhos e ao cônjuge de boa-fé). Explica que a ineficácia pode ser pendente ou simples, quando falta um elemento integrativo à plena eficácia (como a subordinação à condição suspensiva) ou ineficácia relativa — inoponibilidade — se o contrato é válido entre as partes mas não produz efeitos em relação a terceiros (exemplo: fator de atribuição de eficácia mais extensa são aqueles em que, embora já plenamente eficazes, dilata-se o seu campo de atuação, tornando-se oponente a terceiros, como é o caso do registro do contrato de compromisso de compra e venda). Muitos negócios jurídicos dependem ou necessitam de “fatores de eficácia”, assim entendido algo extrínseco ao negócio, dele não participante, que não o integra mas contribui para o resultado visado. Para maiores detalhes consulte-se a obra do autor intitulada: *Negócio Jurídico*, p. 49-82.

manifestação de vontade. O ato existe, mas é nulo, não produzindo, na maioria das vezes, efeitos entre os participantes, nem mesmo em relação a terceiros, porque maculado de incorreção decorrente da ausência de requisitos exigidos pelo direito, do que resulta a noção de invalidade. A nulidade opera de pleno direito desde o momento da formação do ato; pode ser levantada por qualquer pessoa e a qualquer momento, não é passível de ratificação, sendo irremediável, porque não pode, em regra, ser sanada pelas partes e não se convalida pela prescrição, pelo que se lhe pode conferir o caráter de perpetuidade. Exemplo é a compra e venda de imóveis, ao não ser realizada através de escritura pública, lavrada perante tabelião.

A nulidade tem por fundamento o interesse público, ao passo que a anulabilidade decorre do interesse das partes, uma vez que o ato se mantém válido até que seja anulado por quem tenha legitimidade para tal. Na anulabilidade há um direito ou interesse que pode ser disposto pelas partes envolvidas. Desse modo, o ato anulável persiste — é válido — até que seja desfeito judicialmente. Ela somente pode ser pleiteada pelas pessoas legitimadas pela lei. Permite-se, com isso, que o ato anulável seja retificado e confirmado³⁰², assim como a ação de anulação é prescritível, convalidando-se o ato pelo decurso do tempo.

O terceiro plano para a plena realização do negócio jurídico é o da eficácia,³⁰³ em que o ato existe, tem validade, mas não produz efeitos. Na eficácia, o ato é afetado por obstáculos de ordem ou causa extrínseca ao negócio jurídico. Por isso que Rangel DINAMARCO fala em “*resistência extrínseca* à produção de efeitos ou de algum dos efeitos do ato. Alguma circunstância externa que a doutrina

³⁰² Segundo Serpa LOPES, doutrinariamente a confirmação distingue-se da ratificação. Por *confirmação* “se entende a restauração da vontade viciada por parte da própria pessoa que a manifestou daquele modo”. Já a *ratificação* é a intervenção de uma vontade até então inoperante, é a ratificação de fato alheio, enquanto a confirmação é a ratificação de fato próprio”. No Código Civil, entretanto, como observa esse mesmo autor, “não existe distinção entre *confirmação* e *ratificação*, uma vez que ambas estão englobadas sob o título *ratificação*. Desse modo, confirma, e não ratifica, o menor que, atingindo a maioridade, ratifica um contrato por ele outorgado na menoridade relativa”. Define a ratificação “como sendo o ato jurídico pelo qual uma pessoa faz desaparecer os vícios dos quais se encontra inquinada uma obrigação contra a qual era possível prover-se por via de nulidade ou de rescisão” (Curso de direito civil, p. 454).

³⁰³ Observe-se que o sistema do Código Civil não se reporta expressamente à figura jurídica da ineficácia.

identifica no interesse de terceiro, incompatível com ele, é que impede sua capacidade de irradiar todos os efeitos esperados³⁰⁴.

Há ineficácia quando um negócio jurídico tem existência jurídica, é plenamente válido, porém não é oponível a terceiros, não produzindo efeitos em relação a estes. É exatamente o que ocorre, segundo DINAMARCO, nos casos de fraude contra credores, de fraude de execução e de alienação de bens penhorados ou judicialmente constrictos, conquanto na fraude contra credores essa ineficácia dependa da procedência do pedido de uma demanda — a ação pauliana — e muito embora o Código Civil se refira expressamente à sua anulabilidade e não à ineficácia.³⁰⁵

Segundo esse autor, a inoponibilidade do negócio dispositivo entre o devedor/promitente vendedor e o promitente comprador, em relação ao credor, é caracterizada pelo fato de que o efeito próprio do ato de disposição, a transferência da titularidade do domínio, não se desfaz entre as partes e em face do credor. Há somente a negação do efeito secundário, de subtrair o imóvel à responsabilidade pela obrigação do promitente vendedor/executado.

Trata-se de ineficácia parcial, pois se fosse total haveria uma nulidade, que nem mesmo operaria a transferência do domínio. A ineficácia do negócio jurídico fraudulento é relativa porque se resume a algumas pessoas, os credores, sendo de plena eficácia para todas as demais.

Qualquer que seja a modalidade de fraude, seja de execução ou contra credores, não haverá anulabilidade propriamente dita, mas ineficácia do ato dispositivo. É, de certo modo, equivocado o emprego do vocábulo “anulação” utilizado no texto do Código Civil disciplinador da matéria. Sobre esse aspecto, DINAMARCO observa:

³⁰⁴ DINAMARCO, *Execução civil*, p. 253.

³⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986. p. 451.

É que o Código Civil trata a fraude a credores como causa de anulabilidade do ato. Não creio que seja assim, mas o fato é que o Código, mal ou bem, trata como anulável o ato realizado em fraude contra credores (arts. 106 ss.) e deixa clara, como é natural, a necessidade de obter em juízo a anulação (v. esp. art. 106, par. ún., art. 109). No sistema do Código Civil, portanto, é fácil entender que os bens alienados em fraude a credores *são bens alheios* enquanto não anulada a alienação; e, com a anulação, supostamente voltam ao patrimônio do devedor insolvente para que com isso se restabeleça a garantia comum dos credores e sobre eles volte a recair a responsabilidade patrimonial que antes da alienação existia. Não é por acaso que à ação pauliana a doutrina pacificamente atribui *caráter revocatório*: tanto quanto a revocatória falimentar, a sentença ali proferida³⁰⁶ suprime os efeitos do ato fraudulento e a situação anterior à fraude volta a prevalecer.

A respeito da consequência que resulta para o negócio jurídico celebrado em fraude contra credores, Alvino LIMA também se manifesta pela ineficácia, como o demonstra o seguinte comentário: “A sentença que julga provada a fraude do credor na execução tem o mesmo efeito da proferida na ação pauliana: proclamar a ineficácia do ato fraudulento e tornar o imóvel, fraudulentamente alienado, destinado à satisfação dos interesses do credor, restaurando-se aquela garantia geral que o patrimônio do devedor oferece aos seus credores”³⁰⁷.

A fraude, tanto contra credores como de execução, tem como requisito a insolvência do devedor, caracterizada pelo desequilíbrio econômico-financeiro, especificamente quando o valor das dívidas supera o valor do patrimônio do devedor. Nem por isso todos os atos alienativos praticados pelo devedor devem ser considerados como fraude a credores e fraude de execução. O que importa é o ato de disposição causador do desequilíbrio patrimonial, juntamente com os subseqüentes que o agravam. Assim, caso o ato seja praticado antes da insolvência, sem causá-la, deverá ser considerado eficaz, não incidindo sobre o bem a responsabilidade.

³⁰⁶ DINAMARCO, Fundamentos..., p. 421.

³⁰⁷ Alvino LIMA, p. 275. Também CAHALI pensa dessa forma (V. *Fraudes contra credores...*, p. 77).

5.2.1 Elementos característicos

Para Tavares PAES, a fraude contra credores é justamente a frustração do princípio pelo qual o patrimônio do devedor responde pelas suas dívidas e obrigações.³⁰⁸ Essa modalidade de fraude ocorre quando o devedor insolvente ou na iminência de sê-lo pratica atos suscetíveis de diminuir o seu patrimônio e, com isso, a própria garantia que este representa para os seus credores, de modo a prejudicá-los. Tem como característico o elemento má-fé, que ressalta pelo ânimo de prejudicar os credores, mas não se confunde com o dolo e a simulação.³⁰⁹

Cândido Rangel DINAMARCO explica que a fraude contra credores “consiste basicamente na diminuição patrimonial provocada pelo devedor, de modo que em virtude dela o seu ativo passe a ser menor que o passivo”³¹⁰.

Na fraude contra credores o negócio jurídico celebrado tem o nítido propósito de causar-lhe um dano³¹¹, prejuízo, seja em benefício do próprio devedor

³⁰⁸ PAES, P.R. Tavares. *Fraude contra credores*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. p. 28.

³⁰⁹ Conforme Alvino LIMA, o dolo se caracteriza pelo emprego de ardis, artifícios e artimanhas, que incidem sobre a vontade de alguém, para se obter o seu consentimento na realização de um ato jurídico. No dolo tem relevância a atividade enganadora do agente, visando a induzir em erro a vítima, que age e contrata por causa da atitude enganadora e ilícita. A deliberação de contratar resulta do erro criado no espírito da vítima, em razão da persuasão oriunda da trama. No dolo, a má-fé se objetiva pelo emprego de meios ardilosos contra a vítima, que dá o seu consentimento em razão do erro ou engano em que incide, violando-se o princípio da autonomia da vontade na formação do contrato (p. 25-26). Segundo o autor, na simulação o ato jurídico praticado não é realmente querido, sendo apenas aparente; há uma diversidade intencional entre a vontade e a sua declaração, de modo que o pretendido e o declarado estão em oposição. As partes não querem celebrar o negócio que se apresenta aos terceiros, querem apenas dar a aparência de sua efetiva concretização. Na simulação há uma aparência da realidade, encobrindo o ato realmente desejado e dissimulado; ela difere do ato fraudulento porque este não é resultado de aparência, mas de um ato desejado e real; é lícito e válido, apto a produzir seus efeitos inerentes (p. 31). Entende J.M. Carvalho SANTOS que a simulação é a declaração enganosa da vontade, para produzir efeito diverso do ostensivamente indicado, com intenção de violar direito de terceiro ou disposição legal. A sua principal característica está em que ela é conhecida da outra parte contratante e ignorada apenas por terceiros. Há também um desacordo intencional entre o ato interno da vontade e a declaração ou sua manifestação externa. (*Código civil brasileiro interpretado*. 6. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1955. v. 2, p. 376-377). Conforme Custódio da Piedade Ubaldino MIRANDA, na simulação absoluta existe a aparência de um determinado negócio jurídico contrastante com a realidade, que não corresponde a esta aparência porque as partes não celebram o negócio para surtir efeitos normais entre elas. Já na simulação relativa há um negócio real, encoberto e dissimulado, destinado a valer entre as partes, e outro ostensivo, aparente, destinado a operar perante terceiros. O negócio simulado é nulo e o dissimulado valerá desde que reúna os requisitos exigidos em lei. Exemplo de simulação relativa ocorre quando as partes celebram uma doação para ocultar uma compra e venda, no intuito de impedir o locatário de exercer o direito de preferência para aquisição do imóvel. Nesse caso a relação jurídica efetivamente estabelecida é compra e venda. (Simulação (Direito Civil). In: *ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 69, p.79-106).

³¹⁰ DINAMARCO, *Execução civil*, p. 262.

³¹¹ De acordo com Luiz Rodrigues WAMBIER,³¹¹ dano é entendido como a situação resultante de ato ou de omissão, ilícito ou não, em que alguém — de forma culposa ou em razão do exercício de determinada atividade cujos riscos deve

ou em proveito alheio, frustrando a garantia que se encontrava no patrimônio do devedor alienante. Caracteriza-se pela utilização de um meio lícito pelo devedor, para o fim de prejudicar os credores. Ela se opera através de manobra para lesar o credor na medida que impede se aplique o princípio da responsabilidade patrimonial do devedor como garantia dos direitos do credor, garantia essa de caráter real.

A fraude contra credores poderá levar à anulação ou ineficácia relativa³¹² do negócio jurídico, conforme seja o entendimento que se tenha acerca de sua consequência. A consequência resultante da fraude contra credores deve ser pleiteada através de ação própria, a ação pauliana, por aqueles a quem a lei confere legitimidade, o credor prejudicado. Trata-se de uma ação que, em tese, tem por fim colocar o devedor na situação imediatamente anterior ao negócio jurídico fraudulento. Ao contrário da fraude de execução, a fraude contra credores não requer a pendência de uma ação condenatória ou executória que possa levar o devedor à insolvência.

A efetividade da fraude contra credores depende, de um lado, da verificação do resultado objetivo, a insolvência do devedor alienante, e, de outro, do aspecto subjetivo, representado pela consciência de prejudicar os credores.

5.2.1.1 *Consilium fraudis*

Requisito específico dessa categoria de fraude é o *consilium fraudis*, representado pela ciência que o adquirente tem, no caso o promitente comprador, de que a alienação será causa de desequilíbrio patrimonial do promitente vendedor. Ela resulta do conchavo entre o devedor (promitente vendedor) e o terceiro adquirente (promitente comprador), para frustrar a garantia patrimonial. São, por

suportar — cause menos valia no patrimônio (material ou ideal) da vítima, mesmo que a interesses não apreciáveis economicamente, possibilitando, via de consequência, o nascimento de uma pretensão ressarcitória (Liquidação do dano : aspectos substanciais e processuais. Porto Alegre : Fabris, 1988. p. 64). A noção de dano não se limita ao conceito de prejuízo causado a outrem, mas pode decorrer apenas e tão-somente da violação de um direito, ainda que dessa violação não se origine prejuízos materiais. É suficiente portanto a violação ao direito para que daí decorra a proteção jurídica que vise a sua reparação, ainda que não resulte prejuízo. A ofensa ou lesão a um dado bem jurídico nada mais é do que a decorrência da violação de um direito. Portanto, a noção de dano é bem mais ampla do que a noção de prejuízo.

³¹² Embora o Código Civil utilize, no artigo 106, a expressão “anulação”.

isso, requisitos cumulativamente indispensáveis à configuração da fraude contra credores a insolvência do devedor e a fraude bilateral.

O *consilium fraudis* pode resultar, com relação ao promitente comprador, da sua imprudência e não propriamente de atitude dolosa. Pode ser consequência da falta de cautela quando, embora dispondo de vários meios para saber da situação patrimonial do promitente vendedor — como certidões negativas de cartórios de protesto de títulos, dos distribuidores judiciais cíveis e criminais, de entidades de proteção ao crédito como o serviço de proteção ao crédito (SPC), dentre outros —, o promitente comprador não tem a iniciativa de consultá-los.

Para que resulte presumida a má-fé do promitente comprador, é suficiente sua negligência, caracterizada pelo desídia em informar-se acerca da situação patrimonial do promitente vendedor. Haverá, em realidade, uma presunção de conhecimento da situação patrimonial difícil em que se encontra o promitente vendedor. Equipara-se a situação do promitente comprador negligente com a daquele que efetivamente tinha conhecimento do estado de insolvência do promitente vendedor ao celebrar o negócio.

A respeito da intenção fraudulenta do comprador, Alvino LIMA considera “indispensável também a fraude de terceiro, como co-participante do ato fraudulento do devedor, tendo conhecimento do mesmo ato, ou tendo agido com uma negligência tal, que sua atitude incida em culpa”³¹³. Há um juízo de censura em relação às partes contratantes do negócio jurídico que prejudica credores, como bem observa Menezes CORDEIRO: “a acção pauliana visa proteger a garantia patrimonial dos credores de actos que, sendo censuráveis, a prejudiquem. Permite-se deste modo, analisar a consciência do prejuízo no seu conhecimento ou no seu desconhecimento negligente, o todo complementado por uma censurabilidade”³¹⁴.

³¹³ LIMA, Alvino. p. 94.

³¹⁴ CORDEIRO, Da boa-fé no direito civil, p. 496.

O objetivo da ação pauliana é, então, o de manter intacta a responsabilidade patrimonial do devedor, para garantia do cumprimento de suas obrigações, baseada nos bens que constituem o seu patrimônio. É através da ação pauliana que se poderá tornar inoponível o ato fraudulento em relação ao credor, para obter a decretação da sua ineficácia relativa. O bem alienado ou onerado será considerado como integrante do patrimônio do devedor, tal qual era antes da celebração do negócio fraudulento, voltando a responder pela execução.

São requisitos da ação pauliana: a anterioridade do crédito em relação aos atos de alienação ou oneração fraudatórios³¹⁵ não se admitindo uma fraude preordenada para o futuro; a consciência ou o conhecimento de que os atos de alienação têm por finalidade fraudar o direito de credores, e a previsão do dano que o ato fraudatário causará aos credores diante da insolvência do devedor. Deverá haver, por conseguinte, um nexo de causalidade entre o ato fraudulento e o dano ao credor.

Competirá ao autor da ação pauliana o ônus de demonstrar não só a fraude como a insolvência do devedor. A insolvência poderá resultar presumida — por força do disposto no artigo 750, inciso I do Código de Processo Civil³¹⁶ — quando houve tentativa de execução por parte do credor, frustrada ante a inexistência de bens para serem penhorados.

Incumbirá ao promitente comprador, na qualidade de terceiro adquirente, juridicamente interessado, demonstrar a existência de outros bens suficientes no patrimônio do promitente vendedor aptos a responder pela dívida. Poderá provar, igualmente, que foram alienações de outros imóveis que causaram a insolvência, haja vista tenham sido celebradas em datas posteriores à do compromisso de compra

³¹⁵ Sobre os requisitos da ação pauliana, vide Apelações Cíveis 532/72-TJPR e 591.014.196-TJRS, no anexo, na página 167 e 169, respectivamente.

³¹⁶ “Art. 750. Presume-se a insolvência quando: I - devedor não possuir outros bens livres e desembaraçados para nomear à penhora; II - forem arrestados bens do devedor, com fundamento no art. 813, I, II e III.”

e venda, não havendo o nexo de causalidade entre o compromisso de compra e venda e a verificação da insuficiência patrimonial, originadora a fraude.

Viu-se que a ação pauliana visa a ineficácia relativa do ato de disposição relativamente ao credor, e não a sua anulação, muito embora, a rigor da literalidade legal, a sua finalidade seja a de anular o negócio jurídico fraudulento. A respeito, são judiciosas as palavras de Rangel DINAMARCO de que a sentença “retira do negócio jurídico apenas o que é preciso retirar para que o credor não sofra o prejuízo, ou seja, aquele efeito secundário consistente em suprimir a responsabilidade do bem pela obrigação do alienante perante ele”³¹⁷.

5.2.1.2 Conseqüências da procedência do pedido da ação pauliana

Demonstrado que poderá ter ocorrido fraude contra credores mesmo estando registrado o compromisso de compra e venda, cabe examinar os efeitos registrais da ação pauliana ou revogatória diante da oponibilidade *erga omnes* do compromisso levado a registro.

A circunstância de a ação pauliana não ser considerada anulatória impõe que da sentença acolhedora do pedido, naquela ação, não resulta o cancelamento do registro imobiliário do negócio translativo ou onerativo do domínio.

Anular uma alienação fraudulenta, em sentido estrito, é repor as partes e o bem na situação e titularidade em que se encontravam, levando ao cancelamento do registro imobiliário do contrato de compromisso de compra e venda ou da própria escritura pública de compra e venda, com o retorno do bem imóvel à titularidade do devedor, promitente vendedor. Nesta hipótese, o saldo do dinheiro remanescente da execução, proveniente da alienação judicial do imóvel antes compromissado deveria, teoricamente, ser entregue ao alienante, devedor executado, o que se afigura inadmissível pela enriquecimento sem causa que isso lhe proporcionaria. De outro ângulo, se os embargos à execução opostos pelo promitente vendedor executado

³¹⁷ DINAMARCO, Execução civil, p. 265.

tiverem êxito, o compromissário estará desnecessariamente privado do seu direito eficaz diante de terceiros, com a anulação e o cancelamento do registro.

Essas razões levaram Rangel DINAMARCO a observar que:

Em primeiro lugar, a sentença de procedência da ação pauliana não leva ao cancelamento do registro do negócio imobiliário. Ao princípio da continuidade do registro de imóveis (v. lei n. 6.015, de 31.12.73, esp. art. 195)³¹⁸ isso não causa lesão alguma: nas hastas públicas o executado não figura como vendedor, caracterizando-se uma inequívoca expropriação do bem por ato imperativo do Estado, de modo que mal algum há em que ele passe diretamente do nome do adquirente ao do arrematante, ao cabo de uma execução promovida contra o alienante e não contra o primeiro.³¹⁹

Em relação à essa questão, Yussef Said CAHALI entende que, depois de arrematado ou adjudicado o bem apreendido, objeto de alienação fraudulenta, pode ser autorizado o cancelamento do registro imobiliário feito em nome de terceiros, de modo a preservar o princípio da continuidade registral. Incumbe ao arrematante ou adjudicatário requerer ao juiz as medidas nesse sentido. No seu entender, não se deve admitir o cancelamento do registro quando ainda em curso o processo de alienação judicial. Somente uma vez findo o processo executivo, o adquirente (arrematante) deverá requerer ao juiz da execução as medidas cabíveis, de modo a preservar o princípio da continuidade, pois, do contrário, não haverá como registrar o título, a carta de arrematação.³²⁰

A posição de Yussef Said CAHALI tem fundamento e se apresenta mais coerente se comparada à postura de DINAMARCO, até porque o promitente comprador pode pagar a dívida do promitente vendedor, permanecendo eficaz a sua aquisição. Não se deve permitir, por conseguinte, o cancelamento do registro imobiliário antes de exaurida a instância executiva.

Essa é também a orientação de Sebastião de OLIVEIRA, para quem a decisão declaratória da fraude contra credores deve ser comunicada, intimada ao

³¹⁸ “Art. 195. Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro.”

³¹⁹ DINAMARCO, *Execução civil*, p. 267.

³²⁰ CAHALI, p. 395.

terceiro adquirente, antes de se determinar o cancelamento do registro imobiliário em seu nome. Haja vista ter ele o direito de comparecer em juízo e quitar o débito postulado na ação, impeditivo da plena eficácia de sua aquisição.³²¹

Essa forma de ver a questão permite indagar, uma vez registrado o compromisso de compra e venda, se fica impossibilitado o registro da penhora sob o argumento de que deva ser respeitado o princípio da continuidade, pois não haverá encadeamento lógico entre o ato de apreensão e o conteúdo do registro.

Sem o cancelamento do registro do contrato de compromisso de compra e venda fraudulento, está o credor exeqüente impossibilitado de registrar a penhora por força do princípio da prioridade registral. Isso permite acreditar que o mais correto é admitir o cancelamento do registro do contrato de compromisso, para que seja possibilitado o registro da apreensão, conferindo-lhe a presunção absoluta de ciência perante terceiros. Ocorre que o cancelamento do registro se admite somente nas hipóteses elencadas nos artigos 250 e seus incisos, 252 e 259, todos da Lei de Registros Públicos.³²²

Nas circunstâncias, o cancelamento do registro imobiliário em nome do promitente comprador é requisito complementar que viabiliza a plena apreensão judicial do imóvel, para não haver problemas com a ordem cronológica e conseqüente quebra da continuidade dos registros.

O arrematante do imóvel judicialmente apreendido, nessas condições, deverá promover a ação de imissão de posse contra o promitente comprador, a fim de obter a posse do imóvel alienado fraudulentamente. Nesse caso, quando a fraude contra credores tenha sido reconhecida através de sentença com trânsito em julgado, o promitente comprador não poderá alegar ser a sua posse justa. Diante disso a ação

³²¹ OLIVEIRA, p. 102-103.

³²² “Art. 250. Far-se-á o cancelamento: I - em cumprimento de decisão judicial transitada em julgado; II - a requerimento unânime das partes que tenham participado do ato registrado, se capazes, com as firmas reconhecidas por tabelião; III - a requerimento do interessado, instruído com documento hábil. [...] Art. 252. O registro, enquanto não cancelado, produz todos os seus efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido. [...] Art. 259. O cancelamento não pode ser feito em virtude de sentença sujeita, ainda, a recurso.”

de imissão prosperará ainda que não rescindido o contrato, porque a injustiça da posse decorre da própria procedência do pedido da ação pauliana.

É necessário reconhecer, de outro lado, que em havendo saldo remanescente da execução sobre o bem alienado em fraude contra credores, esse montante pertencerá ao promitente comprador, uma vez ser ele quem está a suportar os efeitos patrimoniais da execução. Pensar de modo contrário levaria a, por efeito da ação pauliana, haver o crescimento do patrimônio do devedor, promitente vendedor. É justamente esse aspecto que reforça a argumentação de a ação pauliana resultar em ineficácia relativa do ato dispositivo e não a sua anulação.

A questão registral realça também o aspecto de que, na ação pauliana, devem ser litisconsortes passivos necessários os participantes do negócio jurídico a ser desconstituído, nomeadamente o vendedor insolvente (promitente vendedor) e o beneficiado (promitente comprador). Observe-se que, em tese, não pode ser declarado ineficaz um negócio jurídico bilateral em fraude a credores, sem a participação de todos aqueles que o celebraram, porquanto a lide deverá ser decidida de modo uniforme, tanto para o alienante como para o adquirente. A defesa do negócio jurídico fraudulento interessa a todos que dele participaram, especialmente os beneficiários da alienação, pois poderão sofrer as consequências jurídicas da ineficácia do seu ato diante de terceiros, como de sua anulação.

Uma vez judicialmente alienado o bem através do processo de execução, ao compromissário caberá propor ação contra o promitente vendedor, para reaver o que pagou, pedido que pode ser cumulado com indenização por perdas e danos verificados.

5.3 EFEITO DA FRAUDE DE EXECUÇÃO

A tutela jurisdicional do Estado, ao ser provocada para efeito do reconhecimento de um direito e da satisfação de uma pretensão através do processo de conhecimento, com o posterior trânsito em julgado da sentença e sua liquidação, transformar-se-á em crédito que, em seguida, será objeto de execução. Pendente a

lide, surge uma nova etapa, em que a proteção à efetividade da prestação da tutela jurisdicional é mais intensa. Uma vez instaurado o processo,³²³ seja de conhecimento, de execução ou mesmo o cautelar, o devedor tem restringida a liberalidade de dispor de seus bens. No caso de ação reipersecutória, não poderá alienar o bem objeto da ação. Relativamente às demais ações condenatórias, não poderá desfazer-se daqueles bens que, uma vez alienados ou onerados, importem na sua insolvência patrimonial, impossibilitando a efetividade da tutela jurisdicional estatal.

Dessa maneira, busca-se proteger o credor contra atos do devedor contrários ao regular desenvolvimento da função jurisdicional, ao tentar subtrair objetos sobre os quais a execução deverá ou poderá recair.

A fraude de execução caracteriza-se justamente como um ato de insubordinação à autoridade estatal, exercida pelo juiz no processo, que requer uma repressão mais rápida e enérgica, com a ineficácia do ato de disposição e a possibilidade de sua imediata apreensão, independente da propositura de nova demanda.³²⁴

³²³ Embora esteja fora dos limites do presente trabalho esclarecer quando se considera proposta uma ação, verifica-se que há controvérsia: se ela se daria pelo simples fato da distribuição, pela determinação da citação pelo juiz, ou, quando da sua concretização válida e regular. Ao contrário do que sustentam Everaldo CAMBLER (Fraude de execução. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 15, n. 58, p. 157-161, abr./jun. 1990) e MOURA (Fraude de execução pela insolvência do devedor, p. 296-303) — que somente consideram proposta a ação após ser o réu validamente citado —, acredita-se que basta o despacho judicial determinante da citação para que se considere em andamento a atividade jurisdicional, nos termos do que prevê a primeira parte do artigo 263 do Código de Processo Civil. Assim considerado, o devedor pode tomar conhecimento da ação proposta antes mesmo da sua efetivação e, desse modo, conseguir efetivar a fraude.

Nessa orientação, entende DINAMARCO que efetivamente a propositura da demanda só produz efeitos em relação ao demandado após a citação, unicamente a partir dela a coisa pode ser qualificada de litigiosa; daí por que as alienações efetivadas antes da citação não podem, em princípio, ser reputadas como atentatórias à dignidade da justiça. Estando o devedor demandado, todavia, inequivocamente ciente da demanda proposta, deverá ser o ato dispositivo qualificado como fraudulento, mesmo que ainda não tenha sido citado. Por essa razão, basta a sua efetiva ciência, cabendo o ônus dessa prova a quem alega a fraude. A respeito o autor assevera: “Afastar inflexivelmente a configurabilidade da fraude antes da citação corresponderia a alimentar o espírito fraudatório dos maus pagadores, a quem seria sempre possível fazer alienações antes de citados (a vivência forense mostra como é fácil ter conhecimento da propositura da demanda antes da citação)” (*Execução civil*, p. 280).

Para CAHALI, não parece pretender o legislador que a existência de *demanda em curso* esteja condicionada à citação do devedor, uma vez que se considera proposta a ação quando a petição inicial tenha sido despachada pelo juiz ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara, conforme disciplina o artigo 263 do Código de Processo Civil. Assim, basta o ajuizamento da ação, através da respectiva distribuição, para se ter por proposta a demanda, pouco importando que a citação do devedor ou mesmo a constrição judicial se efetivem após a alienação. Interpretação contrária levaria a uma facilitação, pelo legislador, da possibilidade de o devedor alienar bens, tornando-se insolvente, até que a citação se efetivasse. Sustenta esse autor, ao final, que casos como o da citação por edital ou por hora certa evidenciam ocorrer o absurdo de se exigir o aperfeiçoamento da citação para caracterização da fraude contra a execução (p. 463).

³²⁴ Relativamente à fraude de execução, v. Agravo de Instrumento 562.537-8-TASP, página 188 do anexo.

Isso se justifica porque o bem poderia ser sucessiva e indefinidamente alienado, impossibilitando a concretização prática do que fora decidido na sentença. Assim, em comparação com a fraude contra credores, a fraude de execução tem seu fundamento no fato de que, declarada a ineficácia de uma alienação decorrente de ação pauliana proposta pelo credor, poderia o devedor alienar novamente o bem a outrem. Como o novo comprador não está sujeito aos efeitos da sentença proferida *inter alios*, teria o exeqüente de intentar outra ação pauliana, e assim sucessivamente, o que tornaria impossível a execução. Diante disso, a fraude de execução apresenta uma reação mais enérgica do Estado, diante do ato dispositivo que leva réu — devedor — à insolvência, em detrimento da tutela jurisdicional outorgada ao credor.

De fundamental importância para a configuração da fraude de execução é a existência de uma relação jurídica processual já em andamento, proposta antes da alienação ou oneração de bens do devedor, que possa levá-lo à insolvência. Do ato de disposição do réu deve resultar um estado de insuficiência patrimonial,³²⁵ de modo a não haver bens penhoráveis ou judicialmente apreensíveis suficientes à satisfação do credor.

Para que se considere caracterizada a fraude de execução, não há, conforme a maioria da doutrina, necessidade de demonstração da má-fé do adquirente, pois o *consilium fraudis* é presumido.

5.3.1 Desconsideração do elemento subjetivo e a tutela da boa-fé

A tutela da boa-fé do terceiro adquirente na perspectiva da fraude de execução não é questão pacífica na opinião de diversos autores. Segundo Maria Berenice DIAS, Mário Aguiar MOURA, José Sebastião de OLIVEIRA, Ronaldo Brêtas de Carvalho DIAS, Willis Santiago GUERRA FILHO e Yussef Said CAHALI, dentre outros, não há necessidade de perquirir o conhecimento por parte

³²⁵ Observe-se que a insolvência não será requisito de configuração da fraude de execução, quando se tratar de ação reipersecutória, conforme o que dispõe o artigo 593, inciso I, do Código de Processo Civil.

do adquirente do *consilium fraudis*, a sua má-fé, uma vez que o ato contraria a própria administração da justiça. A lei, segundo esses autores, dispensa a prova do elemento subjetivo da fraude, porque a necessidade do exame da boa-fé do adquirente nivelaria a fraude de execução com a fraude contra credores.³²⁶

Muito embora haja vários pronunciamentos jurisdicionais³²⁷ compatíveis com o que pensam esses autores, sustentar de modo generalizado que é despicienda a bilateralidade da fraude importa desconhecer o significado da boa-fé do comprador, o que se apresenta de certo modo criticável.

Para os autores acima mencionados, o pressuposto comum a ambas as modalidades de fraude é a insolvência. Diferenciam-se quanto ao ônus da prova, que na ação pauliana³²⁸ é atribuído ao credor, mas que na fraude de execução é presumida, porque essa modalidade se situa na esfera do direito público.

Na fraude de execução há a dispensa da prova do elemento subjetivo justamente porque atenta contra a atividade jurisdicional já em andamento, protegendo-se dessa maneira a credibilidade da Justiça, pois o Estado é que passa a ter interesse na execução.

Os requisitos de sua configuração são representados, consoante esses autores, por uma demanda regularmente proposta em juízo e a alienação ou oneração de bens jurídicos posteriormente a sua propositura, seja ação executiva, de conhecimento, ou mesmo cautelar que leve o devedor ao estado de insolvência, independente da boa ou má-fé por parte do terceiro adquirente.

³²⁶ Maria Berenice DIAS escreve à página 81: “De outro lado, despicienda a perquirição do elemento subjetivo do adquirente do bem, para que seja ignorado o negócio jurídico, no âmbito da demanda, uma vez que o instituto da fraude à execução tutela interesse público prevalente, de resguardo à própria Justiça e respeito ao Poder Judiciário” (Fraude à execução : algumas questões controvertidas. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 17, n. 50, p. 72-81, nov. 1990); MOURA, Fraude de execução pela insolvência do devedor, p. 300; OLIVEIRA, p. 64; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Da fraude à execução. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 81, n. 290, p. 67, abr./jun. 1985; GUERRA FILHO, p. 485.

³²⁷ Dentre outras, podem ser mencionadas os seguintes julgamentos: Apelação Cível 590.019.048-TJRS e Agravo de Instrumento 562.537-8-SP, constantes do anexo na página 185 e 188, respectivamente.

³²⁸ Exceção quando a insolvência é presumida por força do mencionado art. 750, incisos I e II, do Código de Processo Civil, conforme já exposto (v. nota de rodapé 316, página 179).

A matéria é polêmica porque põe em questão a prevalência de dois valores conflitantes e antagônicos: a boa-fé do adquirente, em confronto com o interesse público, representado pela efetividade da própria prestação jurisdicional.

Tem-se por equivocada a orientação, com a vênia dos autores antes referidos, segundo a qual, na perspectiva da fraude de execução, a má-fé do terceiro adquirente é presumível desde logo, em todos os casos.

Como já exposto, pode ocorrer de o promitente comprador, por maior diligência e empenho de sua parte, desconhecer a existência de demanda contra o promitente vendedor que possa levá-lo à insolvência. Nesse caso, uma vez apreendido o imóvel objeto da relação jurídica obrigacional de compromisso de compra e venda, nada impede o compromissário de invocar a tutela jurisdicional através dos embargos de terceiro, para neles alegar a sua boa-fé, na tentativa de vê-la reconhecida e tutelada.

Em sentido favorável à tutela da boa-fé do terceiro adquirente,³²⁹ Antônio ERPEN faz seguinte observação:

Observo que os que sustentam que existe fraude à execução pela simples alienação, hipervalorizam o processo em si, olhando somente a posição do exequente e do alienante, olvidando o posicionamento do adquirente. Aí o grande equívoco.

É absolutamente injusto proclamar-se a ineficácia porque a fraude existiria *in re ipsa*.³³⁰

Procede a crítica que faz esse autor relativamente ao descaso pela boa-fé do terceiro adquirente em decisões que se tem por configurada a fraude de execução, especialmente quando: o processo condenatório não tramita no foro do domicílio do réu; é pautado pelo segredo de justiça, como as ações do direito de família; a apreensão judicial não é registrada no ofício imobiliário.

³²⁹ Recurso Especial 32.890-5-SP (v. anexo, p. 190).

³³⁰ ERPEN, Décio Antônio. A fraude à execução e a nova lei das escrituras públicas : Lei nº 7.433 de 19 de dezembro de 1985. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 84, n. 302, p. 273, abr./jun. 1988.

Ausente o registro da penhora, nos termos do mencionado artigo 167, inciso I, nº 5, combinado com o artigo 240 da Lei de Registros Públicos, a fraude deve ser demonstrada, pois, do contrário, estar-se-á prestigiando o exequente indolente que deixou de praticar ato previsto em lei, em detrimento de um terceiro adquirente inocente e de boa-fé.

Não se pode esquecer, também, ao se ter por presumível o elemento subjetivo na fraude de execução, que pode haver perfeitamente conluio entre o promitente vendedor executado e o credor exequente, de modo a prejudicar o promitente comprador.

O processo não deve ser instrumento de penalização do adquirente de boa-fé, principalmente quando ele está munido de certidões, como as negativas dos cartórios distribuidores cíveis e criminais da localização do imóvel e do domicílio do vendedor. O mesmo se dá em relação ao texto da certidão da matrícula do imóvel, onde não conste registro acerca de citação referente a ação reipersecutória ou de apreensão judicial. É observado, ainda, no caso de ação relativa a bens móveis, quando não houver protesto contra alienação de bens nos termos do artigo 867 do Código de Processo Civil³³¹. Nesses casos, a presunção de fraude contra o promitente comprador deverá resultar superada diante da demonstração de que não tinha como conhecer da existência de apreensão judicial, bem como da insolvabilidade do devedor alienante em face da existência de ação condenatória pendente de julgamento, cuja ciência não lhe era lícito presumir ou exigir por mais diligente que fosse.³³²

³³¹ “Art. 867. Todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito.”

³³² Observe-se que a cautela, aqui, não deve restringir-se à obtenção de certidões negativas dos cartórios cíveis e criminais, mas também das juntas de conciliação e julgamento da justiça do trabalho, da justiça federal, militar, todas elas da circunscrição judiciária da situação do imóvel e do domicílio do promitente vendedor.

5.4 FRAUDE NA LEI DE FALÊNCIAS E A PREPONDERÂNCIA DO REGISTRO IMOBILIÁRIO

Do que foi exposto no tópico anterior e tendo em conta as peculiaridades que a Lei de Falências e o Direito Falimentar apresentam em relação ao Direito Civil, entendeu-se oportuno fazer algumas observações quanto à possibilidade de tutela do promitente comprador no âmbito da arrecadação judicial ou do sequestro requeridos pelo síndico.

Celebrado e quitado o compromisso de compra e venda em data anterior à do respectivo termo legal de falência da empresa promitente vendedora, e o promitente comprador esteja imitado na posse do imóvel, mas não tenha registrado o contrato por qualquer circunstância imputável ao promitente vendedor³³³, poderá o promitente comprador opor-se à arrecadação judicial ou ao sequestro do imóvel requerido pelo síndico através dos embargos de terceiro. O fato de o síndico requerer ao juiz a arrecadação do bem compromissado à venda já demonstra a sua negativa em cumprir o contrato de compromisso.

Situação a ser considerada, também, é aquela em que a celebração do compromisso de compra e venda se tenha efetivado em período abrangido pelo termo legal de falência, haja sido ou não o contrato levado a registro, tenha ocorrido ou não a quitação nesse período.³³⁴

A questão da tutela do promitente comprador em relação à fraude disciplinada pela Lei de Falências requer a análise detalhada do seu artigo 52 e correspondentes incisos,³³⁵ em conjunto com o que estabelece o artigo 215 da Lei de Registros Públicos³³⁶.

³³³ V. nota de rodapé n. 290 página 168.

³³⁴ Veja-se que anteriormente à entrada em vigor da Lei de Registros Públicos não havia controvérsia acerca de qual consequência resultava do registro da escritura pública de compra e venda de imóvel após a decretação da falência do promitente vendedor. (Agravo de Petição 1.498-TJDF; Agravo de Petição 224.610-SP — v. anexo, p. 175-178.)

³³⁵ V. nota de rodapé n. 287, na página 165.

³³⁶ V. nota de rodapé n. 286, na página 165.

5.4.1 Harmonização entre a Lei de Falências e a Lei de Registros Públicos

Sob o aspecto meramente literal, o *caput* do artigo 52 e seu inciso VII da Lei de Falências, comparado com o artigo 215 da Lei de Registros Públicos leva a crer na existência de contradição entre ambos. Resta saber se ela é real ou apenas aparente. Para isso é preciso determinar a norma aplicável diante da incompatibilidade apresentada pelas duas regras.

O Professor Rubens REQUIÃO, em parecer, analisa justamente um caso de compromisso de compra e venda por instrumento particular, celebrado e quitado em 21 de janeiro de 1978, com escritura pública de compra e venda assinada em 15 de março de 1979 e registrada em 10 de agosto de 1979.³³⁷ O pedido de falência do promitente vendedor foi acolhido pelo juiz em 6 de junho de 1979, com termo legal fixado em 12 de maio de 1978.

Dentre os dispositivos legais referidos, qual será o aplicável? Haverá nulidade ou ineficácia do negócio jurídico de alienação em relação à massa falida?

Não há dúvida de que a Lei de Registros Públicos, através do artigo 215, agravou a situação do promitente comprador ao proclamar a nulidade dos registros efetuados após a decretação da quebra, como também daqueles realizados no período correspondente ao termo legal de falência.

O dispositivo legal sob comentário regula matéria relativa ao registro público e ao instituto da falência de modo simultâneo, teria ele derogado o artigo 52, inciso VII da Lei de Falências?

Pela Lei de Registros Públicos, há nulidade se o contrato é registrado após a decretação da quebra ou no período suspeito, hipótese em que o negócio jurídico perde a sua validade diante de todos. Não haverá negócio jurídico ineficaz em relação à massa falida, mas nulo, que não produz nenhum efeito, seja em relação à massa, seja em relação a terceiros e a credores.

³³⁷ REQUIÃO, Rubens. Fraude contra credores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 72, n° 575, p. 45-53, set. 1983.

O Professor Rubens REQUIÃO tem por evidente a incompatibilidade existente entre as duas normas, de modo que se pronuncia pela revogação tácita do inciso VII do artigo 52 da Lei de Falências, de modo que, a seu ver, deve prevalecer o disposto na lei registral, pois é o dispositivo mais recente. Conclui o estudioso pela nulidade do registro efetuado após a decretação da quebra, uma vez que o contrato não tinha efeito em relação a terceiros, incluindo-se aí a massa falida, por não ter sido registrado, muito embora argumentassem os promitentes compradores pela sua validade e eficácia, porque celebrado em 27 de janeiro de 1978, data muito anterior à decretação da quebra.

A 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento 96.664-1, em 29 de março de 1988, em que foi relator o Desembargador César Peluso, também concluiu pela incompatibilidade dos mencionados dispositivos legais, embora decidido diversamente de Rubens Requião quanto ao efeito. Decidiu-se haver imprecisão terminológica no artigo 215, o correto seria o emprego do vocábulo “ineficácia” relativa do ato em vez de “nulidade”³³⁸. Entendeu a Câmara serem ineficazes em relação à massa e em relação à função jurisdicional executiva da falência os registros imobiliários de disposição ou oneração efetuados após a sentença de abertura da quebra ou dentro do termo legal, salvo se a apresentação (prenotação) do título ocorreu em data anterior.

Segundo o acórdão há uma impropriedade terminológica no artigo 215 da Lei de Registros Públicos, pois com a decretação da falência, o falido não se torna incapaz. Continua titular dos direitos relativos aos bens que integram o seu patrimônio, havendo unicamente a perda do poder de disposição de modo eficaz em relação aos seus credores. A mesma crítica se aplica, segundo o acórdão, ao termo “nulidade” empregado no § 1º do artigo 40 da Lei de Falências³³⁹. A ineficácia dos

³³⁸ V. transcrição da decisão, no anexo, na página 178.

³³⁹ “Art. 40. Desde o momento da abertura da falência, ou da decretação do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e deles dispor. § 1º Não pode o devedor, desde aquele momento, praticar qualquer ato que se refira, direta ou indiretamente, aos bens, interesses, direitos e obrigações compreendidos na falência, sob pena de nulidade, que o juiz pronunciará de ofício, independentemente de prova de prejuízo.”

atos praticados pelo falido resulta apenas e tão somente em relação ao interesse público da função jurisdicional estatal, para tutela de todos os credores. Por esse motivo, poderia ser decretada de ofício, como ocorre na fraude de execução. Assim, o artigo 215 da Lei de Registros Públicos teria abolido a necessidade de ação declaratória de pronúncia da ineficácia relativa do negócio jurídico fraudulento. Portanto, segundo foi decidido no acórdão, o artigo 215 da Lei de Registros Públicos operou uma derrogação tácita no artigo 52, inciso VII, diante do que não haveria necessidade da propositura da ação revocatória.³⁴⁰

Se para Rubens REQUIÃO e para os prolores do acórdão houve a derrogação do artigo 52, inciso VII da Lei de Falências por incompatibilidade com o artigo 215 da Lei de Registros Públicos, essa opinião não é unânime.

Thereza Celina Diniz de Arruda ALVIM³⁴¹ entende que a segunda parte do artigo 215 da Lei de Registros Públicos se aplica ao inciso III do artigo 52 da Lei de Falências, nomeadamente à constituição de direito real de garantia dentro do termo legal de falência, e não ao que disciplina o inciso VII do mesmo artigo, que se refere à inscrição de direito real, à transcrição de transferência de propriedade e à averbação relativa a imóveis realizadas após a decretação do sequestro ou da declaração de falência.

Da mesma maneira que essa autora procura harmonizar os dispositivos legais em questão, George BYKOFF interpreta o artigo 52 da Lei de Falências em simetria com a Lei de Registros Públicos, mas com fundamento diverso, mais adequado e convincente.³⁴²

George BYKOFF parte exatamente da contradição existente entre as referidas normas, relativamente aos seus efeitos jurídicos: nulidade e ineficácia.

³⁴⁰ Conforme REQUIÃO, o termo “revocar” designa chamar para trás, chamar novamente, mandar voltar, e não tornar nulo, desfazer (Curso de direito falimentar. São Paulo : Saraiva, 1975. v. 1, p. 187).

³⁴¹ ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda. Ação revocatória : interpretação do art. 52 da Lei de Falências. Revista de Processo, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 253-258, jul./set. 1983.

³⁴² BYKOFF, George. O artigo 215 da Lei de Registros Públicos se aplica à ação revocatória? : art. 52, VII da Lei 7.661/45 - Lei de Falências. Revista de Processo, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 207-211, abr./jun. 1985.

Deduz não se referir ou relacionar o artigo 215 da Lei de Registros Públicos ao inciso VII do artigo 52 da Lei de Falências, fato somente aceitável se um dos dois dispositivos padecesse de grave imprecisão terminológica, como se entendeu no acórdão acima comentado.

Em seu modo de pensar, a nulidade a que se refere o artigo 215 da Lei de Registros Públicos é a nulidade absoluta, podendo ser alegada a qualquer tempo, o juiz pode pronunciá-la de ofício, independente de prova do prejuízo, produzindo efeitos *erga omnes*. A seu turno, a ineficácia do artigo 52, inciso VII, fundamenta-se na fraude presumida, pelo que o ato seria anulável, embora a sanção cominada no artigo 52 seja de ineficácia relativa, gênero estranho ao sistema de nulidades do Código Civil. Da ineficácia relativa haveria a inoponibilidade do negócio jurídico fraudulento, de modo que ele subsiste, apenas não se produz os seus efeitos em relação a determinados sujeitos de direito. O negócio jurídico fraudulento subsiste entre os contratantes e em face de terceiros não credores, mas não é oponível em relação à massa falida, diante da presunção de fraude, porquanto a sua validade, em si, não é afetada.

Considerando que o artigo 52, inciso VII, trata de atos ineficazes relativamente à massa falida e o artigo 215 da Lei de Registros Públicos se refere a registros nulos, no entender de BYKOFF não há relação entre ambos. Para ele o artigo 215 tem relação com o artigo 40 da Lei de Falências³⁴³, que trata justamente de atos absolutamente nulos praticados pelo falido após a decretação da quebra, quando já não tinha o direito de administrar e dispor dos seus bens.³⁴⁴ É da incidência do artigo 40 que decorre a nulidade, cujo reconhecimento poderá ser

³⁴³ Art. 40. V. nota de rodapé 339, página 191.

³⁴⁴ No que se refere aos efeitos da falência em relação à pessoa do falido, J.C. Sampaio de LACERDA esclarece que ele não se torna um incapaz, podendo praticar atos da vida civil, desde que não produzam quaisquer efeitos sobre os bens sujeitos à massa, nem ofendam direitos e interesses nela compreendidos. Isso ocorre porque com a falência ele perde o direito de administrar os seus bens e deles dispor, os quais constituem a garantia dos credores. Sua capacidade civil não desaparece, podendo ser exercida até mesmo no próprio processo falimentar, tanto isso é correto que lhe é permitido propor concordata suspensiva da falência, fiscalizar a administração da massa, intervir nos processos de interesses da massa, bem como interpor os recursos cabíveis. *Manual de direito falimentar* (3. ed. São Paulo : Freitas Bastos. 1965. p. 88).

decretado de ofício pelo juiz, daí o comentário desse estudioso: “De observar que, embora o inciso VII, do artigo 52 se refira a registros efetuados após o decreto de falência, o teor da segunda parte do inciso, interpretado à luz do artigo 40, § 1º, deixa claro que também aí se trata de atos realizados antes da abertura da falência, quando o devedor ainda podia dispor de seus bens, embora o seu registro não tenha sido feito a tempo pelo adquirente”³⁴⁵.

Está claro que o síndico poderá ter deferido o seu pedido de arrecadação judicial do imóvel compromissado, independente da propositura de ação revocatória, em se tratando de negócio jurídico celebrado pelo falido após a abertura da falência ou da decretação do seqüestro, nos termos do que determina o artigo 40, § 1º, da Lei de Falências. Nessa hipótese haverá nulidade de pleno direito, decretável até mesmo de ofício pelo juiz, em que tudo se assemelha à fraude de execução.

Quanto à segunda parte do artigo 215 da Lei de Registros Públicos, considerando nulos os registros efetuados no termo legal de falência, reconhece BYKOFF ser seu conteúdo incompatível, tanto com as disposições do artigo 52 e 53 da Lei de Quebras, como com a necessidade superior do comércio e de segurança das relações jurídicas. Infere que “será uma temeridade comprar ou vender bens, e conceder empréstimos à pessoas jurídicas sujeitas à quebra, tendo em vista a automática e retroativa incidência da nulidade que inquinará negócios jurídicos honestos e escorreitos”³⁴⁶.

Não resta dúvida quanto à insegurança que essa norma confere às relações jurídicas, considerando que o termo legal de falência pode retroceder a sessenta dias da data do primeiro protesto. Nesse período podem não existir indícios ou mesmo publicidade quanto à situação pré-falencial do promitente vendedor. A aplicação do

³⁴⁵ A tese de BYKOFF foi utilizada na fundamentação da decisão proferida no acórdão da Apelação Cível 586062473-TJRS, transcrita no anexo, na página 182.

³⁴⁶ BYKOFF, p. 210.

que disciplina a segunda parte do artigo 215 da Lei de Registros Públicos tende a agravar ainda mais a situação de industriais e comerciantes. Eles encontrarão dificuldades para obter capital de giro através da liquidação parcial do ativo, uma vez que a venda de algum dos imóveis poderia proporcionar ativos financeiros, de modo a melhorar a situação econômica e, quem sabe, até evitar a quebra. Esses aspectos levaram Bykoff a sugerir a supressão da segunda parte do artigo 215 da Lei 6.015/73. Enquanto isso não ocorre, ele entende haver compatibilidade da sua primeira parte com o disposto no artigo 40 do Decreto-Lei 7.661/45, em que somente os negócios jurídicos e seus respectivos registros realizados após a sentença de decretação de quebra deverão ser considerados nulos. Os celebrados antes da decretação da quebra, mas registrados depois, serão ineficazes em relação à massa, nos termos do artigo 52 e incisos.

5.4.2 Restritas possibilidades de tutela face ao rigor da Lei de Falências

Diante do exposto no subtítulo anterior compete desvendar a possibilidade de tutela do promitente comprador diante da arrecadação pretendida pelo síndico, com fundamento na fraude, baseado em qualquer dos dois dispositivos legais antes referidos.

Examinar-se-á a seguinte situação problemática: embora a celebração do compromisso e a sua quitação tenham ocorrido em data muito anterior ao período do termo legal de falência, o registro da escritura pública de compromisso de compra e venda foi efetivado após a decretação da quebra. Nesse caso, o síndico ou qualquer credor poderá invocar a tutela jurisdicional para ver aplicado o disposto no artigo 52, inciso VII. A incidência desse dispositivo legal, consoante a lição de Bykoff, levará à decretação da ineficácia da alienação, com imposição do princípio da responsabilidade sobre o imóvel para fins de alienação judicial e pagamento dos credores.³⁴⁷

³⁴⁷ Como observa REQUIÃO, há a massa falida objetiva, representada pelo patrimônio do falido, e a massa falida subjetiva, composta pelos sujeitos dos direitos que compõem a comunhão de credores. A massa falida subjetiva ora

5.4.3 Dispensabilidade da propositura da ação revocatória

Na hipótese acima, quando o promitente comprador tem a posse do imóvel por força do contrato, esta é qualificada como justa enquanto for existente, válido e eficaz o negócio jurídico. Em tese, o promitente comprador não poderia sofrer esbulho ou turbação em consequência de arrecadação judicial antes de rescindido o contrato, ou declarado ineficaz em relação à massa falida através de ação própria, especificamente a ação revocatória, disciplinada nos artigos 52 e seguintes da Lei de Falências.

Mas não é isso que se constata da leitura do artigo 52 e seu inciso VII. Está fora de qualquer dúvida o relacionamento desse artigo com o artigo 57 do mesmo diploma legal.³⁴⁸ Diante do que estabelece o artigo 57, o síndico poderá alegar a ineficácia do compromisso de compra e venda até mesmo em sede de contestação, nos embargos de terceiro. A respeito José da Silva PACHECO assevera que o termo “defesa”, empregado no artigo 57, deve ser entendido em sentido amplo, de modo que abranja toda situação na qual a massa tenha de impugnar, contestar, excepcionar, embargar, e, por isso, a ineficácia poderá ser pleiteada no âmbito da contestação dos embargos de terceiro interpostos pelo promitente comprador possuidor.³⁴⁹

Na hipótese acima, o síndico certamente pleiteará a arrecadação do imóvel, — independente da propositura da ação revocatória —, argumentando pela ineficácia do compromisso de compra e venda com fundamento no inciso VII do artigo 52 da Lei de Quebras.

Do disposto no artigo 57 da Lei de Falências e do fato de que não se deve cogitar da ciência ou não, pelo promitente comprador, do estado de insolvência do

é continuação da pessoa do falido, ora é considerada terceira em relação a ele. Como terceira em relação ao falido, a massa tem o direito de impugnar certos atos que o falido tenha praticado para prejudicá-la, como a fraude. (Fraude contra credores, p. 50.)

³⁴⁸ “Art. 57. A ineficácia do ato pode também ser oposta como defesa em ação ou execução, perdendo a massa o direito de propor a ação de que trata o artigo anterior.”

³⁴⁹ PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata: comentários à lei de falências : doutrina, prática e jurisprudência*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986. p. 440.

promitente vendedor, faz sentido a exposição de Silva PACHECO, ao afirmar em relação às hipóteses previstas no artigo 52, que a ineficácia resulta de lei. Daí poder ser declarada até mesmo de ofício, incidentalmente, com a dispensa da propositura da ação revocatória. A ineficácia resultante do artigo 52, inciso VII, equivale, em termos, à ineficácia oriunda de fraude de execução, pois em ambas se dispensa perquirição quanto ao elemento subjetivo. Isso faz de ambas objeto de severas críticas pela indiferença para com a de boa-fé do promitente comprador.³⁵⁰

Embora Sampaio de LACERDA não se manifeste acerca da possibilidade da decretação, pelo magistrado, da ineficácia *ex officio* nas hipóteses elencadas no artigo 52 da Lei de Falências, tem assente não se cogitar da perquirição da intenção de fraudar. Nesse caso a fraude se presume, não se devendo indagar acerca do elemento subjetivo. Haverá ineficácia independente de ter o promitente comprador conhecimento do estado econômico do promitente vendedor, esteja ou não de boa-fé.³⁵¹ Sobre o tema assim articula esse autor:

Deve, pois, ser providenciada prontamente qualquer inscrição de ônus reais, já que a decretação do sequestro ou com a declaração de falência, o credor terá — caso não a tenha realizado — sua situação modificada na falência, sem qualquer privilégio, figurando apenas como mero quirografário. Por idêntica razão, a transcrição de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, para que não fique o interessado restrito à ação para haver o preço até onde bastar o que se apurar na venda do imóvel ou, se preferir, a habilitar-se como quirografário na falência, não podendo, assim, ver efetivada a sua propriedade. Ressalve-se, porém, a hipótese de já haver sido prenotado o título, como esclarece o texto legal com fundamento, aliás, no que preceituam os arts. 834, 835 e 535 do Código Civil e 230 do Dec.-lei n. 4.857, de 9.11.1939, que dispôs sobre os registros públicos.

Convém esclarecer que pouco importa a data dos títulos, seja ela mesmo bem anterior à declaração de falência. Se não se providenciar a transcrição, a inscrição ou a averbação antes da declaração³⁵² da falência ou de decretação do sequestro, são eles ineficazes em relação à massa.

³⁵⁰ PACHECO, Processo de falência..., p. 419.

³⁵¹ LACERDA, p. 132.

³⁵² LACERDA, p. 139.

Da ponderação acima, observa-se que a Lei de Falências não se interessa por saber se o negócio jurídico celebrado antes da falência mas registrado posteriormente foi bom para o falido. Nas palavras de Walter T. ÁLVARES: “Nem inocência, nem bom negócio, nem desconto favorável, nada afasta a prescrição legal de que o ato é potencialmente em desfavor à massa. Como toda regra inflexível, nem sempre, pela sua aplicação, a massa colhe os melhores resultados. Mas é a regra. No fundo, ainda a velha desconfiança medieval contra o falido”³⁵³.

O artigo 52 da Lei de Falências, nesse aspecto, é severamente criticável diante da possibilidade de o compromisso de compra e venda resultar favorável à massa e ao falido, desde que o promitente comprador desconheça as intenções e a situação econômica do falido, estando de boa-fé.

5.4.3.1 Ação pauliana e revocatória falencial

Na hipótese prevista do artigo 53 da Lei de Falências, será necessária a prova da fraude do promitente vendedor e do promitente comprador, do *consilium fraudis*, juntamente com prejuízo dos credores. Essa circunstância demonstra que a ação revocatória proposta com base nesse artigo muito se assemelha à ação pauliana do Direito Civil.

Das considerações referentes à ação pauliana, constatou-se que a utilização pelo Código Civil, do vocábulo “anulação” é criticável, pois seria o mais adequado o uso termo “ineficácia”. Discorda-se, por isso, *data venia*, de Rubens REQUIÃO, quando afirma que a ação revocatória falencial se diferencia da pauliana porque não visa anular ou a desfazer atos praticados pelo promitente vendedor, mas tão-somente a retirar o efeito de determinados atos praticados pelo devedor, de modo que sejam privados de eficácia unicamente em relação à massa falida, sem anulá-los ou desconstituí-los.³⁵⁴

³⁵³ ÁLVARES, Walter T. *Curso de direito falimentar*. 7. ed. São Paulo : Sugestões Literárias, 1979.

³⁵⁴ REQUIÃO, Fraude contra credores, p. 187.

A afirmação de REQUIÃO somente pode ser considerada correta se efetivamente houver anulabilidade na fraude contra credores, com base no fato de que o Código Civil não se reporta expressamente à figura da ineficácia. Refutada a anulação como consequência da ação pauliana, é perfeitamente possível sustentar como correta a equivalência, nesse aspecto, da ação pauliana com a ação revocatória.

6 EMBARGOS DE TERCEIRO COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL DE TUTELA DO PROMITENTE COMPRADOR

O vocábulo embargo tem o significado de impedimento, estorvo, embaraço, entrave, suspensão, obstáculo ou empecilho³⁵⁵. É o interdito que se opõe a alguma coisa para que permaneça no mesmo lugar ou estado. Embargo é, também, um meio de embaraçar, de dificultar, de impedir a violação de direitos. Para Edson PRATA, os “embargos constituem-se num ataque voltado contra qualquer medida constritiva praticada no bojo dos autos”.³⁵⁶

No direito processual civil os embargos de terceiro visam obstar efeitos de ato processual ou do próprio processo, como no de execução, em que ocorrem com maior frequência³⁵⁷ atos de apreensão³⁵⁸. Não se pode afirmar existir uma vinculação estrita dos embargos de terceiro ao processo executivo, pois eles podem ser usados em qualquer modalidade de processo, como no de conhecimento ou mesmo no cautelar. Desde que do processo promane apreensão judicial que afete direitos de terceiros estranhos à relação processual da qual o ato provém ou pela qualidade em que participam naquela relação não possam ter a posse, a propriedade e a posse

³⁵⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Eletrônico Aurélio*. CD ROM. Editora Nova Fronteira. Baseado na 2ª edição integral no Novo Dicionário da Língua Portuguesa. Corretor ortográfico da Lexikon Informática S.C. Ltda. Softwares desenvolvidos para a Nova Fronteira e a Lexikon Informática por Márcio E. Girão Barroso.

³⁵⁶ PRATA, Edson. Embargos de terceiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 207, out./dez. 1981.

³⁵⁷ PRATA, Embargos de terceiro, p. 205.

³⁵⁸ A designação “apreensão” refere-se mais a bens corpóreos; já a expressão “constrição” tem sentido mais amplo e abrange todos os bens, corpóreos ou incorpóreos. No âmbito da presente dissertação essas designações serão utilizadas indistintamente, isto é, com o mesmo sentido.

concomitantemente, ou, ainda, os seus direitos afetados ou judicialmente apreendidos³⁵⁹.

6.1 EFEITOS DA SENTENÇA SOBRE TERCEIROS

Os efeitos da sentença sobre terceiros muitas vezes são conseqüências inevitáveis das relações jurídicas, que não estão isoladas umas em relação às outras. Há, justamente por isso, repercussões, pois não é possível eliminar os vínculos entre as diversas relações jurídicas. Como na hipótese de sublocação, por exemplo, em que, consoante esclarece Ovídio A. Baptista da SILVA, por eficácia reflexa da sentença de despejo proposta pelo locador, desaparecerá automaticamente a sublocação, muito embora o sublocatário não esteja sujeito à coisa julgada.³⁶⁰

Trata-se, porém, de um terceiro juridicamente interessado, em virtude de participar de uma relação jurídica autônoma, mas ligada à relação litigiosa, havendo entre elas o que Ovídio A. Baptista da SILVA denominou vínculo de conexidade. Se para o sublocatário, a coisa julgada não se opera, não se pode afirmar o mesmo quanto à eficácia direta da sentença da ação de despejo do sublocador. Esta é projetada sobre a relação jurídica conexa de sublocação, modificando-a ou extinguindo-a.

Embora o sublocatário não mais possa questionar ou discutir acerca da relação jurídica obrigacional entre o sublocador e o proprietário do imóvel, não está sujeito à coisa julgada, assim entendida como uma das qualidades dos efeitos da sentença. A própria Lei 8.245, de 18.10.91, prevê, em seu artigo 59, § 1º, inciso V, a necessidade da propositura de nova ação de despejo, com possibilidade de concessão

³⁵⁹ Conforme Javert Prado MARTINS FILHO, “mesmo na ação possessória, havendo molestamento ou esbulho na posse de terceiro, por ordem judicial, poderá aquele requerer a manutenção ou a restituição de sua posse, por meio dos embargos”. Dessa afirmação, constata-se que a enumeração do *caput* do artigo 1.046 do Código de Processo Civil é exemplificativa. (Embargos de Terceiro. 3. ed. Curitiba : Juruá, 1994, p. 13.

³⁶⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de processo civil. 3. ed. Porto Alegre : Fabris, 1996. v. 1, p. 430.

de liminar no caso de permanência do sublocatário no imóvel, uma vez extinta a locação celebrada com o locatário.³⁶¹

Esse aspecto demonstra que, mesmo sujeito aos efeitos reflexos materiais da sentença proferida entre o sublocador e o proprietário, o sublocatário não participante daquela relação jurídica processual deverá ser despejado através da propositura de nova ação de despejo, específica para tal finalidade, pois embora sujeito aos efeitos da sentença (eficácia reflexa da sentença), não está sujeito à coisa julgada.

Análoga à condição do sublocatário será a do promitente comprador, diante da procedência do pedido de ação reivindicatória proposta contra o promitente vendedor. Quando o compromisso de compra e venda foi celebrado antes da propositura da reivindicatória, não poderá o promitente comprador eximir-se dos efeitos reflexos do que for nela decidido, quanto à propriedade do imóvel, entre o promitente vendedor e o reivindicante. Ainda que não esteja o promitente comprador sujeito à coisa julgada, por não integrar a lide, não poderá mais pleitear a adjudicação compulsória do promitente vendedor que não é proprietário. Será então necessária a propositura de nova demanda por parte do reivindicante, para que o promitente comprador seja desapossado do imóvel ou para que seja cancelado o registro do contrato de compromisso, se ele não integrou a lide como litisconsorte passivo.

6.1.1 Apreensão judicial de bens de terceiros

Há igualmente aqueles terceiros absolutamente indiferentes aos efeitos da sentença, que também terão legitimidade para defender os seus direitos contra

³⁶¹ “Art. 59. Com as modificações constantes deste Capítulo, ações de despejo terão o rito ordinário. § 1º Conceder-se-á liminar para desocupação em 15 (quinze) dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a 3 (três) meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo: [...] V - a permanência do sublocatário no imóvel, extinta a locação, celebrada com o locatário.”

apreensões e restrições decorrentes de processo alheio, desde que o façam através do instrumento jurídico processual adequado.

A jurisdição deve atuar entre as partes envolvidas, não devendo extravasar os limites objetivos³⁶² e subjetivos³⁶³ de sua influência ou de seu alcance. A atividade jurisdicional não deve ir além das esferas jurídicas dos sujeitos envolvidos no caso levado à sua apreciação. Daí por que o processo, em regra, não deve extrapolar seus efeitos em relação a terceiros que nele não participaram ou atuaram.³⁶⁴

Mas, como observa Donaldo ARMELIN, por um desvio “patológico”, muitas vezes é inevitável que certos efeitos do processo se estendam a terceiros dele não participantes. Isso ocorre através do equivocado endereçamento da apreensão judicial, com a inserção em processo alheio de bens ou direitos de titularidade de terceiros, aos quais caberá invocar a tutela jurisdicional do Estado para, através do instrumento processual apropriado, eliminarem ou impedirem a apreensão judicial.³⁶⁵

³⁶² Conforme Ovídio Baptista da SILVA, a coisa julgada é “a virtude própria de certas sentenças judiciais, que as faz imunes às futuras controvérsias impedindo que se modifique, ou discuta, num processo subsequente, aquilo que o juiz tiver declarado como sendo a *lei do caso concreto*.” (p. 412) A coisa julgada é uma qualidade, ou uma maneira pela qual o efeito da imutabilidade e da indiscutibilidade decorre da sentença. É a imutabilidade do comando que emerge da sentença. Pesquisar a extensão de seus limites objetivos significa determinar o alcance que a declaração contida numa dada sentença pode efetivamente ter, ou seja, delimitar sobre quais pontos ou questões se operou a coisa julgada. A dificuldade resultante da determinação dos limites objetivos da coisa julgada está em estabelecer, com precisão, os contornos da própria lide, de maneira a diferenciá-la de outras. (Curso de direito processual civil, v. 1, p. 411 e ss.)

³⁶³ Não é correto dizer que a sentença somente vale entre as partes. O que ocorre é que a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença não podem prejudicar nem beneficiar terceiros estranhos ao processo em que foi proferida a decisão transitada em julgado. Assim, um estranho pode rebelar-se contra o que foi decidido em processo alheio e se acha sob autoridade da coisa julgada, desde que tenha ocorrido prejuízo, no seu sentido jurídico.

³⁶⁴ Foge aos propósitos do presente trabalho um estudo detalhado acerca dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. Com relação aos limites subjetivos, essa matéria está disciplinada no Código de Processo Civil, no artigo 472, que dispõe: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”. Sobre o tema, consultar *Eficácia e autoridade da sentença*, de Enrico Tullio LIEBMAN, com notas de Ada Pellegrini Grinover relativas ao direito brasileiro (2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981).

³⁶⁵ ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiro*. São Paulo, 1981. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 14. Esse autor faz uma análise dos embargos de terceiro comparados com a intervenção de terceiros no processo, e conclui que “os embargos não se inserem no conceito legal ou doutrinário de intervenção de terceiros, não obstante possam influenciar, algumas vezes decisivamente, o processo principal ao qual se reportam; esta última característica autoriza, quando muito, sua inclusão numa categoria de terceiro interveniente *latissimo sensu* considerada” (p. 72).

Em relação a esses sujeitos titulares de bens e direitos não submetidos aos efeitos das decisões proferidas em processo alheio, o sistema processual dispõe de um meio específico de tutela, pois não é admissível que um terceiro sem participação alguma no processo, tenha apreendido o seu patrimônio sem poder reagir contra o ato processual que o prejudica.

Trata-se dos embargos de terceiro, ação de que o promitente comprador poderá fazer uso para evitar ou eliminar a penhora, decorrente de execução de título judicial ou extrajudicial proposta contra o promitente vendedor.

Os embargos de terceiro têm justamente a finalidade de evitar, de impedir que atos judiciais apreensivos repercutam sobre o patrimônio de quem não participou da relação jurídica processual que lhes deu origem, ou pela qualidade com que tomou parte no processo não pode ter seus bens apreendidos.

O seu mecanismo tem especial relevância como proteção contra ato determinado por autoridade jurisdicional, justamente porque não seria lícito nem coerente que, ante iminente apreensão judicial sobre seus bens, alguém tivesse de requerer a manutenção ou reintegração a juiz ou magistrado, diferente daquele que a determinou.

Também não seria possível ao terceiro utilizar-se da autoproteção, no caso de posse, pois o desforço pessoal nessa espécie de defesa somente se justificaria, em caráter excepcional, na falta ou na impossibilidade de órgão estatal com a atribuição de proteger o cidadão na preservação do seu direito. O emprego da autotutela tem como pressuposto o caráter subsidiário. No caso de apreensão determinada por autoridade judiciária, o desforço pessoal é algo que se afigura inadmissível, uma vez que nada justifica repila o indivíduo com a força um ato do Poder Judiciário, substituindo-se ao próprio Estado para atuar em nome próprio.

Haveria verdadeiro tumulto processual se um juiz cancelasse ou revogasse a determinação de outro magistrado, impedindo-o de exercer sua atribuição de decretar penhoras, arrestos, seqüestros e quaisquer outras medidas constritivas sobre bens ou direitos.

6.2 OBJETO DA LIDE NOS EMBARGOS

O promitente comprador embargante não se insere no processo alheio como parte, o seu pedido afeta tanto o credor exeqüente quanto o promitente vendedor; não auxilia nenhum desses litigantes, nem mesmo pretende afastar de sua esfera efeitos de qualquer sentença. Ele visa eliminar o ato judicial de apreensão que lhe afeta o patrimônio, seja constituído da posse e de direitos outros sobre o imóvel compromissado à venda.

Essa característica é relevante porque o mérito dos embargos de terceiro é exatamente desconstituir o ato de apreensão. Isso é pressuposto no fato de que a execução e, por conseguinte, a penhora que dela decorre, devem limitar-se aos bens do executado, pois são os bens do devedor que garantem e possibilitam a obtenção de crédito.

Não se deve confundir o fundamento do pedido ou a *causae petendi* — o direito material alegado, seja ele um bem ou um direito, como a posse, a propriedade, a posse e a propriedade, ou o direito obrigacional com eficácia diante de terceiros — com o próprio pedido de desconstrução, de liberação. É por isso que nos embargos de terceiro não se pretende a obtenção de um pronunciamento sobre o direito material que o fundamenta, sobre a posse, o domínio ou o direito real ou obrigacional, muito embora o embargante tenha muitas vezes de prová-lo e demonstrá-lo para ter acolhido o pedido. O que se pretende obter através deles é uma manifestação da autoridade judiciária acerca da exclusão ou não do bem apreendido, integrante do patrimônio de outrem, relativamente à eficácia constritiva nele incidente.

A lide nos embargos refere-se à exclusão ou inclusão do bem na execução, no acervo patrimonial do devedor, não se decidindo acerca dos direitos que eventualmente caibam ao terceiro sobre a coisa, ainda que sobre eles se examinem e produzam provas, de modo a se fundamentar a sentença.

6.2.1 Coisa julgada

Essa diferença de objetos é circunstância relevantíssima em relação à coisa julgada nos embargos de terceiro, uma vez que a *res judicata* não atingirá o domínio, a posse ou o direito real ou obrigacional. Esses direitos, muito embora sirvam de fundamento à decisão, não constituem o objeto principal da sentença. Para melhor considerar, não se decide ou se discute ter o embargante direito à posse ou ter o direito de propriedade e a posse; bastando-lhe demonstrar tê-las para os embargos poderem ser julgados procedentes.

Essa característica dos embargos de terceiro não impedirá que o terceiro embargante se utilize de remédios jurídicos processuais outros para a defesa dos seus direitos, caso os embargos de terceiro sejam julgados improcedentes, ou mesmo havendo sido superado o prazo para a sua propositura. Diante disso, apresenta-se coerente a forma de pensar de Hamilton de Moraes e BARROS, ao asseverar que “nos embargos de terceiro a lide é restrita à inclusão ou exclusão do bem na execução e não os direitos que o terceiro possa ter sobre a coisa”³⁶⁶.

A sentença que julga os embargos de terceiro faz coisa julgada somente em relação à possibilidade ou não de se abranger o bem na execução, não influenciando nos direitos materiais que cabem ao terceiro sobre a coisa. Essa circunstância leva a reconhecer que a posse, o domínio ou o direito real ou obrigacional, eventualmente discutidos no âmbito dos embargos, não ficam sujeitos à imutabilidade da coisa julgada material, não fazem parte integrante dos limites objetivos da coisa julgada, podendo ser apreciados em outra demanda.

O mérito nos embargos de terceiro é, por conseguinte, o próprio ato de apreensão judicial que se busca desconstituir, assim como suas conseqüências. O principal objeto da lide envolve questão eminentemente processual, a inclusão ou não do bem na apreensão, embora os fundamentos e as condições da ação sejam de

³⁶⁶ BARROS, Hamilton de Moraes e. Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1985. v. 9, p. 370.

direito material. Como não se pretende ou se pleiteia um pronunciamento sobre o direito material do embargante sobre a posse ou domínio, mas tão somente excluir o bem apreendido dessa eficácia constrictiva, a coisa julgada não opera nos embargos de terceiro senão em relação ao pedido formulado. Desse modo, os fundamentos de direito material poderão ser rediscutidos em ação própria, independente do resultado definitivo dos embargos. A sentença somente faz coisa julgada quanto à licitude do ato de apreensão judicial. O resultado disso é que, julgados improcedentes, os embargos não poderão mais ser propostos no transcurso da mesma execução, o que não impede seja proposta qualquer outra ação possessória ou mesmo reivindicatória eventualmente cabível.

6.2.2 Natureza jurídica da ação

Esse aspecto é de fundamental importância na definição da natureza jurídica dos embargos de terceiro. Sendo entendidos como ação possessória, a posse não mais poderia ser discutida entre as mesmas partes em outra ação posteriormente proposta pelo mesmo terceiro embargante.

Diante do que foi antes exposto, isso não ocorre necessariamente no direito brasileiro, uma vez que os embargos de terceiro não fazem coisa julgada quanto ao fundamento do pedido de liberação da apreensão judicial, mas apenas e tão-somente quanto ao próprio pedido de liberação ou desconstituição do ato judicial.

Esse entendimento é fortalecido pela afirmação de Enrico Tullio LIEBMAN, para quem a decisão nos embargos não prejudica de modo definitivo o direito do terceiro, que poderá em qualquer caso defendê-lo em processo ordinário.³⁶⁷ Esse autor também entende que a lide se refere apenas à exclusão ou inclusão da coisa ou do bem na execução e não aos direitos (posse ou propriedade) que caibam ao terceiro, embora quanto a eles se possa discutir no âmbito dessa ação.

³⁶⁷ LIEBMAN, Processo de execução, p. 111.

Cândido Rangel DINAMARCO igualmente se pronuncia para afirmar não trazer a demanda nos embargos de terceiro “o *petitum* de declaração da situação dominial ou possessória, mas apenas o de uma sentença que desconstitua a situação processual criada com a constrição pendente (penhora, arresto, seqüestro etc.: v. artigo 1.046, cit.)”³⁶⁸.

A circunstância de os embargos de terceiro no direito nacional não fazerem coisa julgada, quanto ao fundamento do pedido de desconstrução, é importante na medida que fica aberta a via para o terceiro embargante invocar a tutela jurisdicional através de outros remédios jurídico-processuais para a defesa dos seus direitos. Permanece assim, a possibilidade de discutir o direito material que fundamenta o pedido e constitui a condição da ação dos embargos de terceiro.

O mesmo não se pode afirmar em relação ao direito português, em que a ação de embargos de terceiro é de natureza possessória propriamente dita, e, por conseguinte, tem reflexos na coisa julgada. Como explica José Lebre de FREITAS, a sentença terá força de coisa julgada quanto à posse, que não poderá ser rediscutida em outra demanda entre as mesmas partes.³⁶⁹ A sentença que julga os embargos de terceiro no direito lusitano deverá deixar definitivamente assente se o terceiro era ou não possuidor e se tinha direito à posse na data da penhora, operando-se a coisa julgada material quanto à ela.

6.2.3 Ambivalência no direito brasileiro

O instrumento jurídico processual dos embargos de terceiro é disciplinado pelo Código de Processo Civil vigente, no artigo 1.046 e seguintes, tendo especial relevância para o estudo da tutela do promitente comprador a disciplina constante do seu § 1º.³⁷⁰ De igual importância para a análise da tutela do compromissário é o

³⁶⁸ DINAMARCO, Fundamentos do processo civil moderno, p. 442.

³⁶⁹ FREITAS, José Lebre de. *A acção executiva*. Coimbra : Coimbra 1993. p. 239-240.

³⁷⁰ Art. 1.046. V. nota de rodapé 27, página 16.

artigo 79, §§ 1º e 2º do Decreto-Lei nº 7.661, de 12 de junho de 1945,³⁷¹ quando se tratar de ato de apreensão judicial oriundo de processo falimentar.

Uma interpretação meramente literal da redação do *caput* do artigo 1.046 do Código de Processo Civil, bem como do seu §1º, permite concluir, em relação aos atos constritivos oriundos de determinação jurisdicional, terem os embargos de terceiro o seu cabimento restrito e limitado à tutela da posse ou da posse e da propriedade simultaneamente presentes. A redação do dispositivo legal autoriza a crer que os embargos de terceiro somente têm cabimento quando o seu pressuposto é a proteção da posse contra atos judiciais de turbção e esbulho, diferentemente do que prevê o disposto no inciso II do artigo 1.047 do mesmo diploma legal³⁷², que admite os embargos para tutela de direitos reais de garantia.

O fato de o fundamento dos embargos de terceiro ser a posse não quer dizer que essa ação seja específica para a sua defesa judicial, de modo a ser considerada como ação possessória propriamente dita. Embora tenham os embargos a sua justificativa e o seu alicerce, via de regra, na proteção da posse, não são nem por isso espécie de ações possessórias. Exemplo disso é o fato de que essa mesma ação é admitida para o credor com garantia real, conforme estabelece o inciso II do artigo 1.047 do estatuto processual civil.

Comparada a disciplina do Código de Processo Civil em vigor (art. 1.046, § 1º), com a do Código de Processo Civil de 1939, especificamente com o art. 707,³⁷³ verifica-se que este diploma previa a utilização dos embargos contra atos turbativos

³⁷¹ “Art. 79. Aquele que sofrer turbção ou esbulho na sua posse ou direito, por efeito da arrecadação ou do seqüestro, poderá, se não preferir usar do pedido de restituição (art. 76), defender os seus bens por via de embargos de terceiro. § 1º Os embargos obedecerão à forma estabelecida na lei processual civil. § 2º Da sentença que julgar os embargos, cabe apelação, que pode ser interposta pelo embargante, pelo falido, pelo síndico ou por qualquer credor, ainda que não contestante.”

³⁷² “Art. 1.047. Admitem-se ainda embargos de terceiro: [...] II - para o credor com garantia real obstar alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese.”

³⁷³ “Art. 707. Quem não for parte no feito e sofrer turbção ou esbulho em sua posse, ou direito, por efeito de penhora, depósito, arresto, seqüestro, venda judicial, arrecadação, partilha ou outro ato de apreensão judicial poderá defender os seus bens, por via de embargos de terceiro.”

não só da posse, mas também dos direitos, sem distingui-los entre direitos reais e pessoais, com aumento considerável das possibilidades de sua aplicação e incidência.

A questão que se coloca diz respeito à possibilidade da tutela, através desse remédio jurídico processual, segundo o texto do atual Código de Processo, de direitos eminentemente obrigacionais dotados de eficácia diante de terceiros, ou, ainda, de direitos reais, como o direito de propriedade com ausência de posse.

6.2.3.1 Fundamentos da ação

Consagrado no direito pátrio como instrumento jurídico processual que tem por fundamento, na maioria das vezes, a posse, há quem os considere por isso como espécie de ação possessória. Dentre esses, podem ser mencionados Orlando de Assis CORRÊA, ao afirmar “constituírem os embargos de terceiro proteção possessória, devendo estar incluídos entre os remédios processuais postos à disposição do possuidor para tutelar a sua posse”.³⁷⁴ Do mesmo modo entende Darcy BESSONE, segundo o qual os embargos de terceiro são remédios possessórios incidentes, porque relacionados a outra ação em curso.³⁷⁵ Igualmente pensa Clóvis do Couto e SILVA, para quem os embargos de terceiro são espécie ou um tipo particular de ação possessória: “são, em regra, ‘ações defensivas’ da posse, e os seus pressupostos objetivos são semelhantes aos das ações possessórias: posse e lesão ou possibilidade de lesão à posse”³⁷⁶. Segundo Washington de Barros MONTEIRO os embargos de terceiro “representam a própria ação de manutenção, ou de reintegração de posse, que por necessidade de ordem prática, adota forma processual diversa”³⁷⁷. Ernani Fidelis dos SANTOS atesta, da mesma forma, que o artigo 1.046 e

³⁷⁴ CORRÊA, Orlando de Assis. *Posse e ações possessórias : teoria e prática*. 5. ed. Rio de Janeiro : Aide, 1990. p. 59.

³⁷⁵ BESSONE, *Direitos reais*, p. 296.

³⁷⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981. t. 2, v. 11, p. 450.

³⁷⁷ MONTEIRO, *Curso de direito civil, direito das coisas*, p. 52.

seus parágrafos “deixaram evidenciado que, em regra, os embargos de terceiro se destinam à exclusiva proteção possessória”³⁷⁸.

É muito provavelmente pela frequência com que se utiliza a posse como fundamento dos embargos de terceiro que tais estudiosos os têm como uma espécie de ação possessória.

Essa circunstância decorre, ainda, das próprias expressões utilizadas no Código de Processo Civil, constantes na redação do *caput* do artigo 1.046 e do seu §1º, a saber: “turbação ou esbulho na posse de seus bens” e “terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor”, respectivamente.

Para Donaldo ARMELIN, o caráter possessório dos embargos de terceiro decorre da influência do direito lusitano no direito nacional, uma vez que o Código Civil Português faz expressa referência a esse instrumento como meio de tutela da posse, quando ofendida por diligência decorrente de ordem judicial.³⁷⁹ Nesse sentido, como observa a autora portuguesa Maria do Rosário Palma RAMALHO, a redação do artigo 1.046 do Código de Processo Civil brasileiro é bastante próxima da do artigo 1.037º, nº 1, do Código de Processo Civil português.³⁸⁰ Cabe reafirmar, pelos fundamentos *supra* expostos, que no direito pátrio, os embargos de terceiro não têm natureza jurídica possessória propriamente dita.

³⁷⁸ SANTOS, Ernani Fidelis dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986. v. 6, p. 433.

³⁷⁹ ARMELIN, p. 139. Art. 1.285º: “(Embargos de Terceiro) O possuidor cuja posse for ofendida por diligência ordenada judicialmente pode defender a sua posse mediante embargos de terceiro, nos termos definidos na lei de processo”.

³⁸⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Sobre o fundamento possessório dos embargos de terceiro deduzidos pelo locatário, parceiro pensador, comodatário e depositário. *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*, Lisboa, v. 3, p. 653, 1991. Disciplina o Código de Processo Civil português: Art. 1.037º: “(Função e requisitos dos embargos de terceiro) 1. Quando a penhora, o arresto, o arrolamento, a posse judicial, o despejo ou qualquer outra diligência ordenada judicialmente, que não seja apreensão de bens em processo de falência ou de insolvência, ofenda a posse de terceiro, pode o lesado fazer-se restituir à sua posse por meio de embargos. 2. Considera-se terceiro aquele que não tenha intervindo no processo ou no acto jurídico de que emana a diligência judicial, nem represente quem foi condenado no processo ou quem no acto se obrigou. O próprio condenado ou obrigado pode deduzir embargos de terceiro quanto aos bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuiu, não devam ser atingidos pela diligência ordenada.”

Pontes de MIRANDA esclarece serem as referências à teoria da posse ou do domínio que têm contribuído para a deturpação do conceito e da natureza jurídica dessa ação. Para esse autor, os embargos de terceiro são “a ação do terceiro que pretende ter direito ao domínio ou outro direito, inclusive a posse, sobre os bens penhorados ou por outro modo constrictos”. A seu ver, através dos embargos, o terceiro — o promitente comprador — vai “contrariamente à eficácia da relação jurídica processual estabelecida entre o autor (exequente) e o Estado (juiz), ou entre o Estado (juiz) e o réu (promitente-vendedor/executado), para excluir a coisa que foi submetida à constrição judicial em decorrência de relação jurídica processual da qual não participa”³⁸¹.

Diferentemente desses dois últimos autores, Sérgio Sérulo da CUNHA acredita que a confusão entre os embargos e os interditos possessórios se originou no Regulamento 737, de 1850, especificamente em seu artigo 601³⁸², quando basicamente a sua finalidade era levantar a apreensão judicial sobre o bem de terceiro.³⁸³ Essa interpretação o levou a questionar a finalidade dessa ação como instrumento da tutela da posse ou do domínio, cujas conclusões serão objeto de exposição adiante.

Diante da opinião dos autores acima, cabe inicialmente fazer algumas considerações no tocante ao direito português.

6.2.3.2 Contribuição lusitana para o direito brasileiro

Uma análise do sistema português leva a crer estar com razão Donaldo ARMELIN, ao acreditar que a consideração dos embargos de terceiro como ação eminentemente possessória tem como fonte e paradigma o direito português.

³⁸¹ Pontes de MIRANDA, *Tratado das ações*, p. 247.

³⁸² “Art. 601. Recebidos os embargos, mandará o juiz passar mandado de manutenção a favor do terceiro embargante, que prestará fiança.”

³⁸³ CUNHA, Sérgio Sérulo da. Embargos de terceiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 261, out./dez. 1986.

No sistema lusitano, o carácter possessório dos embargos de terceiro decorre da própria topografia da disciplina do instituto no Código Civil (Decreto-Lei 47.344, de 25 de novembro de 1966), especificamente no Livro III (Direito das Coisas), Título I (Da posse), Capítulo V (Defesa da posse), artigo 1285º.³⁸⁴ Igualmente no Código de Processo Civil (Decreto-Lei 44.129, de 28 de dezembro de 1961)³⁸⁵, no artigo 1.037º, cuja redação deixa evidente tratar-se de ação possessória, não fazendo nenhuma referência à tutela da propriedade ou da titularidade de direito real de garantia como fundamentos possíveis da pretensão do terceiro à tutela jurisdicional, para fins de liberação da apreensão judicial.

Para os autores portugueses, não há dúvida de que os embargos de terceiro têm natureza jurídica de ação possessória. Podem-se citar, entre outros, José Lebre de FREITAS, Manuel RODRIGUES, José de Oliveira ASCENSÃO, A. Menezes CORDEIRO, Jorge Duarte PINHEIRO, sendo possível resumir a opinião dos demais com as seguintes palavras deste último autor: “os embargos de terceiro são um meio judicial de defesa da posse, tal como a restituição provisória da posse e as acções possessórias de prevenção, de manutenção e de restituição”³⁸⁶.

Em Portugal, o proprietário sem posse, o titular de direitos eminentemente pessoais, como também o credor com garantia real, não têm legitimidade para propor a ação de embargos de terceiro.

³⁸⁴ “Art. 1.285º (Embargos de Terceiro) O possuidor cuja posse foi ofendida por diligência ordenada judicialmente pode defender a sua posse mediante embargos de terceiro, nos termos definidos na lei de processo.”

³⁸⁵ “Art. 1.037º (Função e requisitos dos embargos de terceiro) 1. Quando a penhora, o arresto, o arrolamento, a posse judicial, o despejo ou qualquer outra diligência ordenada judicialmente, que não seja apreensão de bens em processo de falência ou de insolvência, ofenda a posse de terceiro, pode o lesado fazer-se restituir à sua posse por meio de embargos. 2. Considera-se terceiro aquele que não tenha intervindo no processo ou no acto jurídico de que emana a diligência judicial, nem represente quem foi condenado no processo ou quem no acto se obrigou. O próprio condenado ou obrigado pode deduzir embargos de terceiro quanto aos bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não devam ser atingidos pela diligência ordenada.”

³⁸⁶ FREITAS, A acção executiva; RODRIGUES, A posse : estudo de direito civil português; ASCENSÃO, Direito civil : reais, p. 110-111; CORDEIRO, Direitos reais; PINHEIRO, p. 19.

Embora no Brasil o Código de Processo Civil não os tenha enquadrado entre as ações possessórias³⁸⁷ — foram disciplinados no Livro IV (Dos Procedimentos Especiais), Título I (Dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa), Capítulo X (Dos embargos de terceiro), artigos 1.046 a 1.054, ao passo que as ações possessórias foram regulamentadas no mesmo Livro IV, Título I, porém no Capítulo V (Das ações possessórias), artigos 920 a 945 —, não se pode negar a importância do estudo do direito português quando no direito pátrio essa ação tiver por fundamento a posse.

Nesse sentido, para Donaldo ARMELIN os parágrafos 2º e 3º do artigo 1.046 do Código de Processo Civil brasileiro foram diretamente influenciados pela redação da segunda parte do artigo 1.037º-2. e pelo artigo 1.038º-1.³⁸⁸, ambos do estatuto processual lusitano, ao terem “qualificado os embargos de terceiro como ação específica para a tutela da posse turbada por ato oriundo de determinação judicial”.³⁸⁹

Se no direito lusitano os embargos de terceiro são uma ação de defesa da posse, uma espécie definida de ação possessória, e se assim forem utilizados no âmbito pátrio, certamente haverá uma lacuna quanto à sua propositura por parte do proprietário sem posse, do credor com garantia real e do simples titular de direitos obrigacionais com oponibilidade diante de terceiros.

A não admissibilidade dos embargos de terceiro para a tutela de direitos, como o de propriedade e mesmo de direitos pessoais ou reais — como entende Fidelis dos SANTOS em relação ao direito brasileiro — gerará um vazio que deverá ser preenchido por outro instrumento de tutela.³⁹⁰

³⁸⁷ O que verdadeiramente interessa é a caracterização científica dos embargos de terceiro e não a sua situação tópica no Código de Processo Civil.

³⁸⁸ “Art. 1.038º (Embargos de terceiro por parte dos cônjuges) 1. A mulher casada, que tenha a posição de terceiro, pode, sem autorização do marido, defender por meio de embargos a sua posse quanto aos bens dotais ou próprios e quanto aos bens comuns.”

³⁸⁹ ARMELIN, p. 174-177.

³⁹⁰ Na página 435 o autor escreve: “A simples existência do direito sem a posse não autoriza o uso dos embargos”. E na página 441 observa que a possibilidade de tutela do credor com garantia real através dos embargos de

Desse modo, a apreensão judicial ofensiva do direito real constituído pela nua propriedade poderá ser defendida, nos termos do que estatui o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil,³⁹¹ por outro instrumento jurídico processual. No caso do proprietário não possuidor, quando se lhe rejeitar o manejo dos embargos de terceiro em face da apreensão oriunda de determinação judicial, esse outro meio de proteção ou de defesa pode ser o mandado de segurança.³⁹²

Essas ações se apresentarão como meios totalmente autônomos e desvinculados do processo do qual o ato de apreensão promana, e poderão, ao final, levar à anulação da alienação judicial que porventura vier a efetuar-se, o que tem conseqüências criticáveis. O estudo de outras possibilidades de ação do promitente comprador para eliminar a apreensão judicial que não seja através dos embargos de terceiro, é assunto cujo exame ultrapassa os limites do tema proposto.

Importa, no momento, analisar a possibilidade do uso dos próprios embargos para defesa de direitos, não compreendidos ou acompanhados da posse ou da posse e da propriedade simultaneamente. Para isso, será interessante considerar, numa análise crítica, a disciplina legal do Código de Processo Civil, comparada à atual Lei de Falências.

6.3 EXTENSÃO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO NA LEI PROCESSUAL CIVIL E NA LEI DE FALÊNCIAS

A atual Lei de Falências admite o uso dos embargos de terceiro como instrumento apto à tutela não só da posse como do direito de terceiros, porventura

terceiro (art. 1.047, I) representa uma exceção que estaria a confirmar a regra segundo a qual esse instrumento jurídico processual não protege direitos, pois do contrário esse dispositivo específico seria dispensável. (SANTOS, Ernani Fidelis dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986. v. 6.)

³⁹¹ “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”

³⁹² Os embargos de terceiro são mais apropriados à essa finalidade, uma vez que visam a eliminar atos constitutivos oriundos de determinação judicial e permitem a produção de provas que o mandado de segurança não admite, haja vista pressupor direito líquido e certo, ainda que os direitos obrigacionais possam ser usualmente demonstrados através de documentos. Uma vez admitido o uso do *writ*, a autoridade coatora será o mesmo juiz que determinou a constrição, em litisconsórcio passivo com a parte do processo que houver indicado o bem apreendido.

apreendido por ato judicial oriundo de processo falimentar³⁹³, nomeadamente através do seqüestro ou da arrecadação de bens pelo síndico, nos termos do que disciplina o artigo 70 e seguintes daquele diploma legal.³⁹⁴

O vocábulo “direito” é amplo e abrange tanto os direitos reais, como o direito de propriedade, os direitos pessoais e a própria posse. Por isso se pode afirmar que a redação da Lei de Falências confere uma maior abrangência aos embargos de terceiro, se comparada com o dispositivo específico do Código de Processo Civil. Amplia extraordinariamente o âmbito de incidência dos embargos de terceiro, especialmente por permitir, ao menos em tese, a proteção de direitos pessoais e reais independente de sua conjugação com a posse.

O teor do §1º do artigo 79 da Lei de Falências em nada altera esse panorama, pois diz respeito à regulamentação do procedimento e não ao âmbito de abrangência da ação de embargos, como bem observa Donaldo ARMELIN³⁹⁵. Esse mesmo estudioso demonstra que nem pela circunstância de ser a vigência do Código de Processo Civil posterior à da Lei de Falências houve alteração de seu conteúdo, especialmente ao se considerar a autonomia da Lei de Falências quanto às normas procedimentais em face do Código de Processo Civil. Com arrimo nessa argumentação, é possível afirmar a coexistência no ordenamento jurídico nacional de dois dispositivos legais a disciplinar as condições da ação e o fundamento dos embargos de terceiro, com a diferença de que um deles é aplicável especificamente ao processo falimentar.

³⁹³ No direito português, o Código de Processo Civil, no artigo 1.037º, 1, exclui de modo expresso a possibilidade do uso dos embargos de terceiro quando o ato constitutivo é oriundo de processo de falência ou de insolvência, *verbis*: “Quando a penhora, o arresto, o arrolamento, a posse judicial, o despejo ou qualquer outra diligência ordenada judicialmente, *que não seja apreensão de bens em processo de falência ou de insolvência*, ofenda a posse de terceiro, pode o lesado fazer-se restituir à sua posse por meio de embargos”.

³⁹⁴ “Art. 70. O síndico promoverá, imediatamente após o seu compromisso, a **arrecadação dos livros, documentos e bens do falido** [sem grifo no original], onde quer que estejam, requerendo para esse fim as providências judiciais necessárias.”

³⁹⁵ ARMELIN, p. 63-64.

6.3.1 Interpretação dos tribunais

Diante dessa duplicidade, haverá por parte dos tribunais duas possibilidades quanto à interpretação das normas legais regulamentares dos embargos de terceiro. Uma entendendo que o §1º do artigo 1.046 do Código de Processo Civil exprime menos do que realmente quis dizer ou ordenar, quando se lhe dará uma interpretação extensiva para tutelar também os direitos. É essa a opinião de Donaldo ARMELIN: “Caberá à jurisprudência dar o elastério exegético indispensável para outorgar ao artigo 1.046 do CPC a mesma amplitude do artigo 79 *caput* da Lei de Quebras, impedindo subsistam duas disciplinas legais para o regramento da admissibilidade da mesma ação”³⁹⁶.

Por outro lado, não há como desconsiderar também a possibilidade de os tribunais entenderem que o artigo 79 da Lei de Falências expressa mais do que realmente quis dizer ou ordenar, o que os levará a uma exegese restritiva do dispositivo, visando adequá-lo aos termos da norma processual civil.

Das duas possibilidades de interpretação e aplicação desse remédio jurídico processual, parece mais apropriada a que amplia o leque de abrangência da norma do Código de Processo Civil aos moldes da Lei de Quebras, de modo a amparar também os direitos, como o de propriedade, os direitos reais sobre coisas alheias (como o usufruto, o uso e habitação, as servidões, os direitos reais de garantia (penhor, hipoteca), os direitos sobre bens incorpóreos (direitos decorrentes da propriedade industrial), os direitos relativos ou pessoais (de crédito) dotados de oponibilidade e a posse.

Veja-se que a limitação dos embargos de terceiro à tutela da posse é criticada até mesmo pelo autor lusitano José Lebre de FREITAS. O que a torna ainda mais relevante é o fato de que, em Portugal, essa ação tem caráter eminentemente possessório. Eis sua censura:

³⁹⁶ ARMELIN, p. 64.

A opção da lei portuguesa pela duplicação dos meios de oposição de terceiro à penhora (embargos de terceiro e acção de reivindicação) tem como razão de ser a vontade de criação dum meio sumário para rápida tutela do terceiro que, pela posse, aparente ter a titularidade do direito de fundo, sem prejuízo do recurso ao meio comum do proprietário não possuidor ou do proprietário-possuidor que prefira colocar-se no plano do direito de fundo.

Mas o exercício da faculdade, concedida ao embargado, de na acção possessória enxertar uma acção de domínio (art. 1.042-b) acaba por transformar os embargos de terceiro numa acção ainda mais complexa do que a acção declarativa comum. Por seu lado, a acção de reivindicação, quando procedente, tem o efeito perverso (para o comprador) de anular a venda executiva, sem que a caução constituída nos termos do art. 910 ou 911 (*supra* 16.5.1), o direito de retenção que a substitui quando ela se extinga (art. 910-2) e a excepção geral de incumprimento baseada na não restituição do preço contra a entrega da coisa (arts. 290 e 428 CC) constituam meios suficientes de tutela do seu interesse.

Melhor é a opção de outras legislações. Assim, quer em direito italiano quer em direito alemão o titular dum direito real sobre os bens penhorados é admitido a opor-se à penhora através dum só meio específico (a opposizione di terzo; a Widerspruchsklage), cuja dedução tem como limite o momento da venda ou adjudicação dos bens penhorados; após esse momento, o terceiro só poderá fazer valer os seus direitos sobre o produto da venda, até o momento da distribuição deste, e depois dele só poderá lançar mão duma acção autónoma de indemnização contra o credor de má-fé ou duma acção, também autónoma, de reivindicação contra o adquirente de má-fé, *sem prejuízo das regras do registo*. Não há pois, como entre nós, *a regra da anulação da venda por virtude da procedência duma acção autónoma de reivindicação*.³⁹⁷

A análise da acção dos embargos de terceiro em cotejo com a sua finalidade última, qual seja a de eliminar a apreensão judicial ilegal ou abusiva, permite concluir que o fundamento de direito material, a causa de pedir desse pronunciamento jurisdicional não deverá limitar-se à protecção da posse.

Criticável é a tese da impropriedade e inadequabilidade do uso dos embargos de terceiro com fundamento exclusivo no título de domínio, na nua propriedade, no direito de propriedade resultante do registo imobiliário, no direito obrigacional dotado de eficácia *erga omnes* resultante do registo do contrato, situações em que, por qualquer causa, o embargante não é titular da posse sobre o imóvel, seja ela directa, seja indirecta³⁹⁸.

³⁹⁷ FREITAS, A acção executiva, p. 243-244.

³⁹⁸ Observe-se que uma interpretação estritamente literal do § 1º do artigo 1.046 do Código de Processo Civil não permitiria o promitente comprador embargar na qualidade de mero proprietário, cuja posse própria se encontre na titularidade do promitente comprador. Isso teria efeitos indesejáveis se o imóvel compromissado fosse apreendido em decorrência de processo alheio ao promitente vendedor (em que ele não é o devedor), hipótese em que

Essa é a posição jurídica do promitente comprador com contrato registrado na matrícula do imóvel, perante o cartório respectivo, que, em tese, não pode embargar — mesmo com o contrato de compromisso de compra e venda quitado — sem ter sido imitado na posse do imóvel com base em cláusula contratual, condicionante da sua imissão à outorga da escritura pública de compra e venda.

6.3.2 Posse como fundamento do pedido

Principalmente pelo fato de os embargos de terceiro se dirigirem contra um ato praticado por determinação da autoridade judiciária, não se confundem com a ação possessória propriamente dita ou com outra ação da mesma espécie. Até porque aquele que foi turbado ou esbulhado por determinação judicial não poderá, como antes exposto, valer-se do desforço pessoal para obter a restituição da posse por ato de autoridade própria.

Em estudo sobre a natureza jurídica dos embargos de terceiro, Sérvulo da CUNHA demonstra a dificuldade dos tribunais na sua aplicação, tantas vezes realizada em contradição com o seu real conteúdo e finalidade. Tal circunstância o levou a afirmar, em relação à Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal, que “quanto mais se afeiçoou a forma dos embargos à de um verdadeiro remédio possessório, tanto mais se passou a negar a respectiva proteção, por seu intermédio, à simples posse destituída de título, e à posse com título pessoal, como no caso do promitente comprador sem contrato registrado”³⁹⁹.

Analisando a Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal, esse autor observou não haver no seu enunciado sequer referência à posse, o que poderia levar a crer que o compromisso registrado, em que ela não estivesse prevista, permitiria a admissão e a procedência do pedido dos embargos de terceiro. Ao perceber ser contraditória essa interpretação em relação à literalidade do § 1º do artigo 1.046 do

ficaria impossibilitado de defender um direito seu, na perspectiva na tutela da confiança depositada pelo promitente comprador possuidor, de que o imóvel é de sua propriedade.

³⁹⁹ CUNHA, p. 261

Código de Processo Civil, passou a estudar-lhe os precedentes, para constatar a posição divergente de dois Ministros.

Uma, a do Ministro Moreira ALVES, já referida, para quem a posse do promitente comprador sem título inscrito é posse assemelhada à do locatário, comodatário, depositário, pelo que é titular de posse indireta. Outra, a proposição do Ministro Soares MUNÕZ, para quem a posse do promitente comprador é tida como posse própria, como de dono.

Da deficiente redação do dispositivo legal disciplinador dos embargos de terceiro, constatou Sérgio Sérvulo da CUNHA que os tribunais têm adotado duas posições radicais em relação a sua abrangência: a primeira, quando negam a proteção dos embargos ao simples possuidor, e, a segunda, quando admitem para tutelar direitos com oponibilidade diante de terceiros, mas que não se originam ou se baseiam na posse.

A partir dessas duas concepções díspares, entendeu esse autor não ser correto afirmar seja a finalidade dos embargos manter o embargante na posse e muito menos suspender a penhora, suprimi-la ou torná-la ineficaz, mas sim suprimir a apreensão judicial indevida sobre o bem de terceiro, ao fundamento de que a execução deve limitar-se aos bens do devedor, com a decretação da sua ineficácia relativamente ao bem do terceiro. A finalidade dos embargos de terceiro é, para ele, excluir da execução o que está no patrimônio de outrem, porque ela deve restringir-se aos bens do devedor, baseado no princípio da responsabilidade. Conclui, em relação ao artigo 1.046 do Código de Processo Civil: “Os embargos, destarte, não são remédio possessório embora construídos em nosso estatuto processual, por atecnia, à semelhança de interditos possessórios. Trata-se de ação que pode proteger o titular de direito real com posse e também o mero possuidor”⁴⁰⁰.

Hamilton de Moraes e BARROS também demonstra firme posição no entendimento de que os embargos de terceiro não são, por natureza, ação

⁴⁰⁰ CUNHA, p. 261.

possessória, embora protejam a posse e o domínio, ou somente a posse. No seu entender, o aspecto fundamental é a proveniência do ato violador do patrimônio do terceiro. Se o ato provier de autoridade estatal no exercício da função administrativa, a ação a ser proposta será a possessória ou o mandado de segurança, porque contra atos judiciais não se admitem as ações possessórias ou reivindicatórias do direito comum.⁴⁰¹

Tem-se por mais correta a posição de que os embargos de terceiro, embora possam ter por fundamento a posse, não são ação possessória propriamente dita, com elas não se confundindo.

Embora se discorde de Clóvis do Couto e SILVA e de todos os que vêem os embargos de terceiro como espécie de ação possessória, é preciso concordar com esse autor e com Sérvulo da CUNHA, quando reprovam a postura do Supremo Tribunal Federal em relação à Súmula 621, ao restringir o cabimento dos embargos de terceiro às hipóteses nas quais o compromisso de compra e venda esteja registrado, tutelando assim o direito obrigacional dotado de eficácia real e não a posse.⁴⁰² É igualmente criticável limitar o cabimento dos embargos à tutela da simples posse, para não admiti-la ao titular de direitos com eficácia diante de terceiros, porque não tem posse.

Trata-se de duas posições antagônicas e extremas, que não devem ser admitidas numa dimensão contemporânea dos embargos de terceiro.

Reconhecida a divergência existente quanto à natureza jurídica dessa ação, o fato é que a interpretação literal do disposto no § 1º do artigo 1.046 do Código de Processo Civil impõe restrição ao cabimento. Qual seja, a de que o proprietário, o titular do direito obrigacional violado e o titular do direito real transgredido sejam todos também possuidores, sob pena de não poderem utilizar-se desse instrumento jurídico processual, face à ausência de uma das condições da ação, com a

⁴⁰¹ BARROS, p. 370.

⁴⁰² Couto e SILVA, Comentários ao Código de Processo Civil, p. 475; CUNHA, p. 250.

conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito, a teor dos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.⁴⁰³

Essa limitação dos embargos se afigura reprovável pelas razões que José Lebre de FREITAS bem colocou em relação ao direito português,⁴⁰⁴ eis que importará na propositura de demanda reivindicatória por parte do terceiro titular do domínio, em face do executado, quando não for titular da posse direta ou indireta. Isso poderá ser evitado ao se admitir a proteção dos embargos de terceiro também ao proprietário não possuidor.

Por isso se deve admitir a via dos embargos de terceiro ao promitente comprador com contrato de compromisso de compra e venda registrado, mas ainda sem a posse, da mesma maneira que se deve admiti-los para o promitente comprador titular de posse própria mas sem o registro imobiliário do contrato. O cabimento dos embargos, na primeira hipótese, se justifica porque ainda que o imóvel resulte ao final arrematado, poderá o arrematante-adquirente perdê-lo diante da oponibilidade e do direito de seqüela resultante do registro do contrato de compromisso. Já na segunda, será a posse própria, como de dono, justa porque titulada e de boa-fé, que impedirá a apreensão judicial, eis que ainda que o imóvel resulte ao final arrematado, o adquirente não terá condições de prosperar em ação de imissão de posse ou mesmo em ação reivindicatória em confronto com o promitente comprador, enquanto a sua posse subsistir com esses elementos característicos e qualificadores.

O próprio Clóvis V. do Couto e SILVA reconhece que no direito nacional seria melhor admitir os embargos de terceiro para os proprietários ainda não possuidores — no caso de ter havido a transferência da propriedade imobiliária pela transcrição, conforme artigo 530, inciso I, mas faltar-lhes ainda adquirir a posse —,

⁴⁰³ “Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual; [...]”

⁴⁰⁴ FREITAS, A ação executiva, p. 243-244.

já que, nos estritos termos da redação do atual Código de Processo Civil, o adquirente não possuidor não poderá embargar.⁴⁰⁵ Essa interpretação teria a vantagem de evitar a sobrecarga dos órgãos jurisdicionais, pois com uma única ação a questão seria resolvida.⁴⁰⁶

Por outro lado, uma leitura refletida do dispositivo legal disciplinador dos embargos de terceiro, no estatuto processual civil, permite cogitar que, se efetivamente fosse intenção dos legisladores não contemplar com a possibilidade de tutela o proprietário sem posse, bastaria à letra legal afirmar que os embargos só poderiam ser de terceiro possuidor. Não haveria necessidade de utilizar a designação “senhor e possuidor, ou apenas possuidor”. Sobre esse excerto do dispositivo legal, o próprio Clóvis V. do Couto e SILVA ressalta que “a redação não prima pela clareza, pois se basta a posse para fundamentar a ação, nenhum sentido teria a afirmação de os embargos também poderem ser opostos por quem fosse senhor e possuidor, como se contém na primeira parte do §1º do mencionado artigo 1.046, salvo se o dispositivo fosse sobrevivência da antiga orientação em que se exigia, como pressuposto do procedimento, a propriedade e a posse de quem o promovesse”⁴⁰⁷. Sérvulo da CUNHA também questiona essa limitação do texto legal.⁴⁰⁸

Baseado em tais considerações, parece correta a postura de Pontes de MIRANDA, para quem os embargos de terceiro possuidor são à semelhança da ação de manutenção; os de senhor equiparados à ação de reivindicação; já os de senhor e possuidor são similares às ações de manutenção e reivindicação combinadas. Essas

⁴⁰⁵ Couto e SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 445.

⁴⁰⁶ Como observa Pontes de MIRANDA, a não utilização dos embargos de terceiro não extingue o direito do terceiro, no caso do promitente comprador, que poderá ser exercido através de ações próprias, autônomas, seja em face do promitente vendedor, seja em face do arrematante do imóvel. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1959. t. 9, p. 41).

⁴⁰⁷ Couto e SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 443-444.

⁴⁰⁸ CUNHA, p. 257.

ações, entretanto, não se identificam porque os embargos de terceiro se opõem ao ato judicial de invasão na esfera jurídica alheia e não ao ato do executante.⁴⁰⁹

Os embargos de terceiro podem apresentar um aspecto curioso, ao se admitir a sua utilização como remédio petitório, se se tratar exclusivamente do domínio; como remédio misto, se se tratar do domínio e da posse conjuntamente, ou puramente possessório, caso através deles se tente proteger exclusivamente a posse turbada por medida judicial.

A partir da interpretação ampliativa, os embargos poderão ser utilizados para proteger não só o domínio, os direitos reais ou a posse, mas igualmente qualquer relação de direito material, real ou pessoal que a apreensão judicial ofenda, podendo, em tese, ser alegados pelo embargante.

Os embargos de terceiro não devem, por conseguinte, ser considerados exclusivamente como remédio jurídico possessório ou petitório, pois representam uma ação que pode basear-se na posse, na propriedade, no direito real e mesmo no pessoal com oponibilidade diante de terceiros. Assim entendido, não é a posse ou o domínio do embargante o objeto de declaração judicial, mas unicamente a legalidade ou ilegalidade do ato de apreensão judicial.

A interpretação aos dispositivos legais disciplinadores dos embargos de terceiro constantes do Código de Processo Civil deve atribuir-lhes maior amplitude, nos moldes da Lei de Falências, visando a constituírem um meio processual idôneo de busca da proteção não só da posse, mas igualmente do domínio, do direito real ou mesmo pessoal, este último quando dotado de eficácia diante de terceiros.

A finalidade primordial dos embargos de terceiro deve ser a de excluir da apreensão judicial o bem jurídico integrante do patrimônio de terceiro, que não pode ser responsabilizável pela dívida. A execução prosseguirá, então, naquilo que, referente ao bem penhorado, pertença ao executado.

⁴⁰⁹ Pontes de MIRANDA, *Tratado das ações*, p. 179 e ss.

Assim, o arrematante ou o adjudicatário receberá o direito sobre o bem apreendido exatamente como tinha juridicamente o executado. Poderá, então, contra o terceiro embargante, exercer ações como a reivindicatória e a de imissão de posse, dentre outras cabíveis, conforme o caso.

Não é concebível, em um processo de execução, ter o exequente posição de verdadeira pretensão reivindicatória, como se não existisse a situação possessória e mesmo os direitos obrigacionais dotados de oponibilidade, relacionados ao imóvel. É fundamental considerar a posse e mesmo os direitos pessoais de terceiros como bens jurídicos e econômicos distintos, integrantes do patrimônio de outrem, que não o do executado, e por isso não podendo ser judicialmente alienados. Esse aspecto já é suficiente para que o processo executivo não os desrespeite, principalmente se atentar que esses mesmos direitos integram o patrimônio de pessoas não responsabilizáveis pelo débito.

Tem-se, ante o exposto, por criticável o entendimento de Mário Aguiar MOURA de que a posse não se apresenta suficiente para basear a tutela do compromissário diante do credor do promitente vendedor.⁴¹⁰

A finalidade dos embargos de terceiro é eliminar a apreensão judicial. Não se trata de ação possessória, mas de ação que pode basear-se na posse, pelo que não faz sentido sustentar que a proteção prevista no § 1º do artigo 1.046 do Código de Processo Civil se refere exclusivamente à posse propriamente dita, que esteja sendo esbulhada ou turbada por ato decorrente de determinação judicial. Não procede a ponderação do autor, de que quando o promitente comprador pretende levantar a apreensão judicial com base na posse, sua real intenção é, em verdade, ir além da defesa da simples posse, para excluir o imóvel da posição de garantia patrimonial que ele representa ao credor do promitente vendedor.

O que pleiteia o promitente comprador com os embargos de terceiro é eliminar a apreensão judicial ilegal que pode ter na posse o fundamento do pedido

⁴¹⁰ MOURA, *Promessa de compra e venda*, p. 369-370.

de liberação, por expressa disposição legal. A posse não é, propriamente, o objeto da decisão. Tem importância a impugnação do ato jurisdicional de apreensão de bens, não o ato privado de assunção da posse, como bem observa Darcy BESSONE.⁴¹¹

A finalidade última desse instrumento processual não é tutelar a posse em si, que apenas lhe serve de base e fundamento, mas eliminar a apreensão judicial ilegal e abusiva. Não se busca, através dos embargos de terceiro possuidor, tornar eficaz em relação a terceiros contrato não registrado, com o argumento de posse própria. Tanto isso é verdade que, antes de qualquer consideração, o titular de direito pessoal com eficácia real, sem posse, não poderia embargar diante da literalidade do §1º do artigo 1.046 do Código de Processo Civil. Ao se admitir a posse ou mesmo direitos como fundamento dos embargos, conforme o faz a Lei de Falências, não se tem em vista desprezar o sistema registral como elemento de publicidade e de tutela de terceiros que com base nele são informados sobre a situação do imóvel em relação ao patrimônio do promitente vendedor. O que se pretende é eliminar apreensão judicial ilegal e abusiva da posse própria do promitente comprador, que como qualquer outra posse efetiva, é pública, não se registra, não podendo ser desconsiderada pelos credores do promitente vendedor.

Apesar da controvérsia acerca do âmbito de aplicação dos embargos de terceiro em relação à proteção da propriedade independente da sua concomitância com a posse; e também a polêmica sobre a sua natureza jurídica, seja como ação possessória, seja como ação que visa primordialmente a declaração de ilegalidade do ato judicial; em grande parte dos casos em que os embargos de terceiro são utilizados pelo promitente comprador, eles têm por fundamento a posse.

No direito português e, analogicamente, no direito brasileiro, naquelas hipóteses em que os embargos de terceiro forem interpostos com alicerce na posse, a legitimidade ativa para a propositura dessa ação se limitará à presença de três requisitos, a saber: a qualidade de terceiro; ser possuidor, ser titular da posse afetada

⁴¹¹ BESSONE, Darcy. *Da posse*, p. 153.

pela apreensão judicial. É preciso esclarecer o título ou qualidade com que deve apresentar-se o terceiro embargante possuidor, para que sejam admitidos os embargos e, em consequência, o seu pedido seja julgado procedente.

6.3.2.1 Qualificação ou título da posse

Para Pontes de MIRANDA, qualquer que seja a posse, direta ou indireta, haverá legitimação ativa para embargar. Isso significa que o embargante pode ter a posse a título de proprietário, de usucapiente, de credor pignoratício, de usufrutuário, de locatário, dentre outros. Qualquer deles poderá embargar para ver respeitado, pelo órgão jurisdicional, o período de tempo a que tem direito à posse, conforme seja a sua posição jurídica. Esse autor explica, no caso do usufrutuário, por exemplo, que se deve admitir os embargos de terceiro, a fim de que a penhora incidente sobre a propriedade plena seja reduzida à nua propriedade.⁴¹²

Ainda segundo Pontes de MIRANDA, qualquer relação de direito material, real ou pessoal, que a apreensão ofenda pode, em tese, ser alegada pelo possuidor embargante. Pode, por isso, o locatário embargar para manter-se na posse pelo período estabelecido no contrato de locação, se nela for turbado ou dela esbulhado.

A autora portuguesa Maria do Rosário Palma RAMALHO justifica a possibilidade de o locatário poder embargar, com base na existência de um direito próprio que implica o direito de gozar do imóvel. Independente do fato de a posse ser imprópria, há um interesse próprio do seu titular, representado pela possibilidade do exercício efetivo de poderes sobre a coisa que a relação possessória lhe confere. No entender dessa estudiosa,

[...] não é tanto a qualificação da situação possessória e dos direitos destes possuidores em relação à coisa, mas antes na relevância do seu interesse na conservação dos poderes sobre ela (expressamente reconhecido e autonomizado pelo legislador) que se fundamenta na tutela possessória: se o interesse tem relevância bastante, o possuidor poderá recorrer aos meios possessórios, para defender os seus poderes sobre a coisa; se a

⁴¹² Pontes de MIRANDA, *Tratado das ações*, p. 231.

não tiver, o possuidor carecerá de legitimidade para accionar esses meios, e, entre eles, os embargos de terceiro. No primeiro caso, o interesse é tutelável; no segundo caso, não o é.

Este critério, que designámos de *interesse tutelável do possuidor*, exige por a delimitação precisa do que seja um interesse susceptível de justificar o recurso à tutela possessória. No nosso entender, para ser tutelável, o interesse do possuidor terá que obedecer aos seguintes requisitos: em primeiro lugar, terá que ser um *interesse próprio* daquele possuidor (e não um interesse da pessoa em nome de quem possui), isto é, um interesse fundado na titularidade de um *direito próprio* (de natureza real ou obrigacional); em segundo lugar, deverá ser um *interesse directo ou imediato*, ou seja, um interesse assente na possibilidade imediata de aproveitamento específico das qualidades do bem pela pessoa que o possui ou detém, que, embora filiada numa situação jurídica obrigacional ou real, se individualiza em relação à ela: e, finalmente, deverá ser um *interesse garantido*, convencional ou legalmente, por uma situação jurídica estranha à lesão ou à ameaça de lesão sobre o bem.⁴¹³

Do exposto, deve se admitir a proteção dos embargos de terceiro ao locatário, titular da posse direta do imóvel, em face da penhora, desde que em virtude dela seja nomeado depositário e possuidor direto do imóvel outro sujeito de direito que não o inquilino, o que o levaria ao seu desapossamento.⁴¹⁴

O pedido dos embargos de terceiro propostos pelo locatário deverá ser julgado procedente quando houver a violação dos seus direitos oriundos do contrato de locação, especificamente a turbação ou o esbulho de sua posse. Independe no caso, seja a posse derivada de um direito pessoal. Havendo turbação ou esbulho na posse direta do locatário, poderá ele invocar a tutela jurisdicional através dos embargos de terceiro, para fazer o órgão jurisdicional respeitá-la, pelo período a que contratualmente faz jus.

Sobre o título da posse, Alberto dos REIS também se manifesta favoravelmente ao arrendatário, no caso de a diligência judicial turbar ou esbulhar simultaneamente a posse do senhorio e do inquilino. Nessa hipótese, o locatário — que atuará em nome próprio, na defesa de uma posse direta imprópria — tem a

⁴¹³ RAMALHO, p. 686-687.

⁴¹⁴ RAMALHO, p. 678-679. Esse aspecto da questão é referido pela autora na nota de rodapé 64 de sua obra, com o argumento de que o locatário não é prejudicado pela penhora, uma vez que tenha sido nomeado depositário do bem.

faculdade de usar dos embargos de terceiro para ser mantido na posse durante o prazo do arrendamento ou enquanto a locação subsistir.”⁴¹⁵

Compartilha disse pensamento Miguel Teixeira de SOUSA, para quem o locatário poderá deduzir os embargos de terceiro para obstar a desocupação do imóvel alugado, porque o seu direito à locação “não é transmissível *ex contractu*, não é penhorável e não pode ser objeto de transmissão operada pela venda executiva”⁴¹⁶.

De orientação diversa, José Lebre de FREITAS acredita que a configuração dos embargos de terceiro, como meio possessório, funda-se na presunção relativa de propriedade que beneficia o possuidor, requerendo-os como titular de posse própria. Segundo o autor, assim como o locatário não tem posse apta a permitir-lhe embargar, tampouco o terá o promitente comprador enquanto não quitar o compromisso. Esse ponto de vista se infere da seguinte passagem:

Poderá este regime ser alargado ao caso de posse do promitente adquirente duma coisa a quem antecipadamente tenha sido feita a sua entrega, em cumprimento de obrigação estabelecida no contrato celebrado, e cujo interesse é no sentido de o contrato definitivo ser cumprido ou de, no caso de incumprimento, poder reservar para mais tarde a opção entre a execução específica e a indemnização compensatória?

[...]

Mas se, ocorrida a mora, o beneficiário da promessa tiver requerido a execução específica do contrato-promessa ou se ele não tiver ainda feito qualquer opção, tenha o incumprimento definitivo já ocorrido ou não, a consideração de que a entrega da coisa prometida antecipa um efeito indirecto do contrato prometido, em consequência do qual a titularidade da posse da coisa vai coincidir com a do direito de fundo, inclinaria para a configuração duma posse em nome próprio, enquanto a consideração de que essa entrega foi feita em cumprimento duma obrigação levará a pensar que se está perante uma posse em nome alheio.

Esta é a configuração correcta. A posse do promitente adquirente é exercida na expectativa duma aquisição futura, mas, enquanto esta não tiver lugar, não terá nunca como suporte um direito real, cuja presunção de titularidade tão pouco fará sentido. Baseada num direito obrigacional, a posse do promitente adquirente é exercida *em nome do promitente alienante* e, assim sendo, só poderá fundar embargos de terceiro quanto este não for o executado, cedendo de outro modo perante a garantia constituída pela penhora (dum bem do executado). Só as regras do registo poderão alterar esta

⁴¹⁵ REIS, Alberto dos. *Processos especiais*. Coimbra : Coimbra, 1955. v. 1, p. 415.

⁴¹⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. A penhora de bens na posse de terceiros. *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*, Lisboa, v. 3, p. 82, 1991.

prevalência, cedendo a penhora perante a retroactividade da oponibilidade a terceiros dum a aquisição precedida de contrato-promessa com eficácia real com registo anterior ao da penhora, ou resultante de uma sentença proferida em acção de execução específica também registada em data anterior ao registo da penhora.⁴¹⁷

Na doutrina nacional, pode-se novamente mencionar a posição do Ministro Moreira ALVES⁴¹⁸, de que o locatário, o usufrutuário, o comodatário não podem embargar por não terem a titularidade de posse própria, face ao desdobramento da relação possessória. Como se pode ver, essa opinião não é unânime, nem entre os autores brasileiros, nem entre os portugueses. Tem-se como a posição mais acertada a que admite a possibilidade de o locatário embargar com fundamento na posse, para defendê-la de turbação ou esbulho no período previsto no contrato de locação.

Da admissibilidade dos embargos pelo locatário, ainda que não seja titular de posse própria, emerge a seguinte incógnita: é admissível a propositura da ação de embargos de terceiro com fundamento na posse, pelo promitente comprador que ainda não quitou o compromisso de compra e venda, logo não é titular de posse própria? Ou, com outras palavras, se o locatário, que não possui como dono, pode embargar, por que o promitente comprador que não possui como proprietário também não poderá fazê-lo, considerando-se ter a posse com a expectativa jurídica da aquisição do bem?

Em realidade, o que se busca saber é se a posse, para ser apta a fundamentar os embargos de terceiro interpostos pelo promitente comprador, tem de ser necessariamente posse própria, como de dono. Sendo positiva a resposta, o compromisso de compra e venda deverá estar quitado, via de regra, para que os embargos de terceiro sejam admitidos e tenham êxito.

A esta altura, é importante esclarecer de que forma se articula a posse do promitente comprador com o promitente vendedor e como ela é tutelada no

⁴¹⁷ FREITAS, A penhora de bens na posse de terceiros, p. 325-326.

⁴¹⁸ Conforme voto proferido no Recurso Extraordinário 87.958-RJ, que pode ser objeto de consulta no anexo, página 7.

período que medeia entre a celebração do compromisso e o pagamento integral do preço, ainda que esse pagamento não implique a transmissão do direito de propriedade, uma vez que este somente se adquirirá efetiva e definitivamente pelo registro do título na matrícula do imóvel, perante o cartório de registro de imóveis, a teor do artigo 530, inciso I, do Código Civil.

Atente-se para o fato de que o promitente comprador, embora ainda não seja proprietário, é titular de uma expectativa⁴¹⁹ legítima de aquisição do bem, pois, como escreve Ana Maria PERALTA, “pode estar muito perto de o tornar proprietário, caso já tenha pago uma grande parte das prestações estipuladas”⁴²⁰.

O promitente comprador, ao contrário do locatário, não recebe o imóvel para posteriormente restituí-lo, mas para usá-lo até a aquisição final de sua propriedade, caso o contrato siga o curso previsto pelas partes contratantes. O preço não é pactuado em contraprestação pelo uso do imóvel, como sucede na locação, mas pela transferência da titularidade do direito de propriedade do bem, ao final. O uso da coisa não é resultado de simples tolerância ou de favor do promitente vendedor e, se assim o fosse, a sua posse seria de natureza precária, podendo ser-lhe exigida a todo momento enquanto não quitado o preço. A posse do promitente comprador não tem natureza precária, muito embora, não possa ser considerada própria enquanto não quitado o preço, exceto se as partes convencionarem que o compromisso somente comportará execução específica no caso de inadimplemento do promitente comprador.

⁴¹⁹ Trata-se de uma expectativa jurídica porque tutelada pelo direito. Para José de Oliveira ASCENSÃO, “a expectativa é uma situação jurídica autônoma, também autonomamente tutelada. Escreve esse autor que a noção de “direito em formação” abrange todas as expectativas, aí englobadas até mesmo aquelas expectativas extrajurídicas, que não interessam à ciência jurídica. Parafraseando-o, é possível afirmar que o promitente comprador tem o direito ao direito de propriedade, uma vez quitado o preço combinado. (ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo : Saraiva, 1977. v. 35, p. 278-279). Para Limongi FRANÇA, expectativa de direito “é a faculdade jurídica abstrata ou em vias de concretizar-se, cuja perfeição está na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico. (ENCICLOPÉDIA Saraiva de direito. São Paulo : Saraiva, 1977, v. 69, p. 153-156).

⁴²⁰ PERALTA, Ana Maria. *A posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade*. Coimbra : Almedina, 1990. p. 51.

Pactuado que o compromisso somente comporta execução específica, não admitindo rescisão ou resolução no caso de inadimplemento, o promitente vendedor apenas poderá propor ação de execução em face do comprador, para haver do mesmo o restante do preço ainda devido. Nesse caso, em que o contrato somente admite execução específica, a posse do promitente comprador deverá ser considerada como de dono, posse própria, independente do pagamento integral do preço, o que lhe permitirá interpor os embargos de terceiro com sucesso.

Mas se o compromisso celebrado admitir a resolução ou a rescisão, no caso de inadimplemento do promitente comprador, com o retorno da posse do imóvel ao promitente vendedor, a posse que medeia entre a celebração e a quitação não poderá ser considerada como posse própria.⁴²¹ Enquanto o promitente comprador não cumprir a sua obrigação de pagar a integralidade do preço pactuado e o vendedor tiver a opção de executar o contrato ou pedir a sua resolução, com possibilidade de recuperação da posse do imóvel antecipadamente entregue ao comprador, não terá o promitente comprador posse qualificada para os embargos, que deverão ser então julgados improcedentes.

⁴²¹ Via de regra, concede-se ao promitente vendedor o direito de resolver o compromisso de compra e venda, caso não prefira, a seu critério, a execução. Melhor dizendo: costumeiramente é conferida ao promitente vendedor a faculdade de optar entre a rescisão do contrato, com a devolução proporcional das parcelas pagas, deduzidas as despesas e a execução do contrato. É a seguinte orientação e sugestão da Câmara Brasileira da Indústria da Construção, em minuta de contrato de promessa de compra e venda de imóvel elaborada pelo Fórum de Advogados da CBIC de Recife-PE, datada de 27 de julho de 1995, conforme circular 105/95-S/A/DE/FA. Cláusula 8.4: "Poderá o ALIENANTE, por sua livre escolha, preferir à resolução o vencimento antecipado das demais notas promissórias representativas de parcelas do preço, caso em que se tornarão imediatamente exigíveis. A não liquidação do débito, inclusive antecipadamente vencido, pelo ADQUIRENTE, devolve ao ALIENANTE o direito de resolver a promessa de compra e venda, se não preferir, à sua livre escolha, a execução".

Observe-se que, obtida a resolução do contrato, ela implicará a restituição das prestações recebidas, deduzidas as despesas, a indenização, os honorários e a multa. A resolução, contudo, deixa muitas vezes, de ser uma alternativa se o comprador já pagou parte considerável do preço, e a restituição das somas recebidas implicar um esforço econômico que o vendedor não queira ou mesmo não tenha condições de suportar. Há, portanto, na maioria das vezes, interesse por parte do vendedor, já assoberbado de dívidas, de não resolver o contrato, para, em vez disso, pleitear o seu cumprimento. O vendedor poderá, então, mover uma ação judicial para requerer a condenação do promitente comprador a cumprir o contrato, ou, se estiver munido de títulos executivos (notas promissórias), propor diretamente a ação executiva. Proposta a execução contra o promitente comprador, haver-se-á consolidado para ele a posse própria de que antes era titular o promitente vendedor. Caberá a este ponderar se não lhe será menos gravoso recuperar o imóvel, especialmente se o patrimônio do comprador for insuficiente para responder pelo saldo da dívida.

6.3.3 Possibilidade de tutela de direitos eminentemente obrigacionais

Haveria uma lacuna no âmbito do presente trabalho, não fosse apreciado o tema dos limites e possibilidades de tutela do promitente comprador através dos embargos de terceiro, em relação à arrecadação de bens do processo falimentar.

É necessário considerar a posição jurídica do promitente comprador, titular de direito pessoal, dotado de oponibilidade e eficácia diante de terceiros, quitado ou não o preço pactuado, de interpor os embargos de terceiro com fundamento no seu direito exclusivamente obrigacional, especialmente quando não tem a posse do imóvel.

José da Silva PACHECO já asseverava, em relação à disciplina do artigo 707 do anterior Código de Processo Civil, que: “os embargos de terceiro, pois, são também cabíveis para proteção de direitos pessoais ou creditórios”⁴²². Segundo ele, já naquela época, os embargos de terceiro se justificavam sempre que o indivíduo houvesse sofrido apreensão que importasse a violação do seu direito, não se limitando ao esbulho e à turbação da posse.

As suas considerações podem ser aplicadas à atual Lei de Falências, que prevê expressamente a possibilidade de tutela de direitos, aí compreendidos os dotados ou não de oponibilidade diante de terceiros. Essa afirmação decorre do vocábulo “direitos” empregada no *caput* do artigo 79 do Decreto-Lei 7.661, de 12 de junho de 1945, que trata de atos de apreensão judicial oriundos de processo falimentar, nomeadamente da arrecadação judicial e do seqüestro.⁴²³

Em relação a essa hipótese de utilização dos embargos de terceiro, Trajano de Miranda VALVERDE também pondera que eles veiculam ação de terceiro “turbado ou violado no exercício de direito real ou pessoal vinculado à coisa, que o síndico pretende arrecadar ou realmente arrecadou”⁴²⁴.

⁴²² PACHECO, José da Silva. *Tratado das execuções*. 2 ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1965. v. 3, Incidentes da execução, p. 275.

⁴²³ Art. 79. V. nota de rodapé 371, página 209.

⁴²⁴ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1955. v. 2, p. 215.

Infere-se das colocações desses autores, ser correta a possibilidade de tutela do promitente comprador quando titular de direito pessoal eficaz *erga omnes*. Essa possibilidade de tutela se apresenta mesmo que não se tenha operado a quitação e ainda que não esteja o promitente comprador imitado na posse do imóvel. Contudo, para que ela seja efetivamente possível, deverá inexistir a fraude de execução, especialmente ao ser efetivado o registro muito antes da decretação da quebra, não sendo sequer abrangido pelo termo legal de falência.

Sem dúvida, pelos termos da Lei de Falências, ampliou-se a possibilidade de proteção e defesa do promitente comprador, porque o simples direito pessoal como fundamento dos embargos não poderia, em tese, ser suscitado na perspectiva da estrita literalidade dos termos do § 1º do artigo 1.046 do Código de Processo Civil.

Observe-se que os bens judicialmente apreendidos — como, por exemplo, os penhorados em execução de título judicial ou extrajudicial proposta contra o falido antes do requerimento ou da decretação da quebra — também passarão a integrar o acervo patrimonial da massa, nos termos do § 4º do artigo 70, da Lei de Falências.⁴²⁵ Bastará ao síndico, conforme a etapa em que se encontre o processo executivo, requerer ao juiz da vara de falências seja deprecado ao juiz da vara cível a entrega do bem.⁴²⁶

Da proximidade e afinidade desses dispositivos legais parece injusto seguir com rigor a literalidade da regra do § 1º do artigo 1.046 do Código de Processo Civil, pois é merecedor de uma interpretação ampliativa que admita os embargos de

⁴²⁵ “§ 4º Os bens penhorados ou por outra forma apreendidos, salvo tratando-se de ação ou execução que a falência não suspenda, entrarão para a massa, cumprindo ao juiz deprecá-la, a requerimento do síndico, às autoridades competentes, a entrega deles.”

⁴²⁶ Com a decretação da quebra, as execuções individuais dos credores ficam suspensas. Naquelas execuções movidas antes da decretação da falência, achando-se os bens em praça com dia definitivo para a arrematação, fixado em editais (publicados), far-se-á a arrematação, entrando o produto para a massa. Se, porém, os bens já houverem sido arrematados, pagar-se-á o exequente, entrando para a massa apenas o que sobrar, conforme determina o § 1º do artigo 24 da Lei de Falências.

terceiro propostos com fundamento no direito pessoal dotado de eficácia diante de terceiros.

É necessário equiparar a interpretação das normas do Código de Processo Civil com a amplitude daquelas da Lei de Falências, regulamentadoras dos pressupostos para o cabimento dos embargos de terceiro, especificamente no que se refere à tutela de direitos. Deve-se apreciar, pois, duas situações diferenciadas.

A primeira, do promitente comprador ainda não imitado ainda na posse do imóvel e sem quitação do compromisso, que registrou o contrato em data anterior ao período compreendido pelo termo legal de falência. Com base no que dispõe a Lei de Falências nos artigos 70 e 72 combinados, o síndico promove a arrecadação do imóvel compromissado à venda, a fim de que passe a integrar o acervo patrimonial da massa de modo a constar do inventário da empresa falida.⁴²⁷ Resta saber, então, diante desse fato e com base nos termos do mencionado *caput* do artigo 79 da Lei de Falências, quais os limites e possibilidades de tutela do compromissário. Importa, pois, esclarecer a viabilidade de o promitente comprador opor-se, através dos embargos de terceiro, à arrecadação judicial do bem pelo síndico, com base exclusivamente no direito pessoal dotado de oponibilidade diante de terceiros, sob o argumento de que tinha celebrado e registrado o compromisso muito antes da decretação da falência, em período não abrangido pelo termo legal.

A segunda situação é a do promitente comprador que, mesmo tendo celebrado o compromisso de compra e venda em data muito anterior à da decretação da falência e em período não abrangido pelo termo legal, foi imitado na posse do imóvel mas ainda não quitou o compromisso, nem registrou o contrato em data anterior à quebra ou ao termo legal de falência. Argumenta-se que admitir em tal hipótese a tutela do promitente comprador seria privilegiá-lo em relação aos demais credores quirografários. Essa afirmação, porém, padece de equívocos.

⁴²⁷ Decreto-Lei 7.661, de 26 de junho de 1945: art. 72. “Os bens arrecadados ficarão sob a guarda do síndico ou de pessoa por este escolhida, sob a responsabilidade dele, podendo o falido ser incumbido da guarda de imóveis e mercadorias”.

O síndico, antes de requerer a arrecadação dos imóveis compromissados à venda pelo falido, deve ponderar acerca do que estabelece o inciso VI do artigo 44 da Lei de Falências,⁴²⁸ que determina a aplicação da legislação específica no que se refere aos contratos do falido. Desse modo, em todo e qualquer contrato sujeito à falência, será aplicável lei específica, exceto se houver disposição própria na Lei de Falências.

Referentemente aos contratos bilaterais em geral, caberá ao síndico executá-los se julgar conveniente à massa. Para isso, o outro contratante poderá ou mesmo deverá interpelá-lo para que se manifeste, em cinco dias, acerca do seu cumprimento ou não, nos termos previstos no parágrafo único do artigo 43 da referida lei⁴²⁹. Competirá ao síndico verificar as vantagens e os prejuízos de executar o contrato, ante a possibilidade de indenização a ser paga pela sua rescisão. Interessa apreciar a situação em que o síndico, uma vez interpelado para cumprir o compromisso de compra e venda, recusa-se a fazê-lo, de modo que requer ao juízo falimentar a arrecadação do imóvel.

Em relação ao compromisso de compra e venda de lotes, o Decreto-Lei 58, de 10 de dezembro de 1937, e o Decreto 3.079, de 15 de setembro de 1938,⁴³⁰ ambos na parte final do § 2º do artigo 12, estabelecem que a sentença declaratória de falência do proprietário (promitente vendedor) não resolve o contrato, cabendo ao síndico dar-lhe cumprimento.

⁴²⁸ “Art. 44. “Nas relações contratuais abaixo mencionadas, prevalecerão as seguintes regras: [...] VI - na promessa de compra e venda de imóveis, aplicar-se-á a legislação respectiva; [...]”

⁴²⁹ “Art. 43. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo síndico, se achar de conveniência para a massa. Parágrafo único. O contraente pode interpelar o síndico, para que, dentro de 5 dias declare se cumpre ou não o contrato. A declaração negativa ou o silêncio do síndico, findo esse prazo, dá ao contraente o direito à indenização, cujo valor apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário.”

⁴³⁰ Dispõe o § 2º do art. 12 do Decreto-Lei 58/37: “O falecimento dos contratantes não resolve o contrato, que se transmitirá aos herdeiros. Também não o resolve a sentença declaratória de falência; na dos proprietários, dar-lhe-ão cumprimento o síndico e o liquidatário; na dos compromissários, será ele arrecadado pelo síndico e vendido, em hasta pública, pelo liquidatário.”

Semelhante é o que disciplina o artigo 30 da Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano),⁴³¹ dispondo que a sentença declaratória de falência ou insolvência de qualquer das partes não rescindirá os compromissos de compra e venda que tenham por objeto área loteada. Em caso de falência do proprietário ou do titular do direito sobre o imóvel, caberá ao síndico dar cumprimento ao contrato.

Desse modo, os contratos de compromisso de compra e venda de imóveis, sejam loteados ou não, vendidos a prestações, não se resolvem com a falência. Na hipótese de falência do promitente vendedor, o síndico deverá dar-lhe cumprimento, pois, a teor dos dispositivos legais acima referidos, não poderá rescindi-los a seu arbítrio. Se o promitente comprador for o falido, o contrato será arrecadado e vendido em hasta pública, revertendo o produto da alienação para a massa falida, e as prestações vincendas deverão ser pagas pelo novo adquirente na forma do contrato.

Essa disciplina legal pode perfeitamente ser aplicável, por analogia, aos casos de compromissos de compra e venda por instrumento particular, celebrados para aquisição de frações ideais do solo e de construção de unidades de apartamento ou conjuntos comerciais e respectivas vagas de garagem, em que o promitente vendedor incorporador é empresa construtora, especialmente quando a obra esteja praticamente concluída, embora ainda não entregue.

Nesses casos seria possível, em tese, concluir pela procedência do pedido dos embargos de terceiro com fundamento no direito exclusivamente pessoal do promitente comprador. Essa dedução deveria ser ainda mais evidente ao ser o promitente vendedor quem impossibilita o registro do contrato de compromisso, nomeadamente quando a empresa incorporadora não regulariza no registro de

⁴³¹ “Art. 30. A sentença declaratória de falência ou da insolvência de qualquer das partes não rescindirá os contratos de compromisso de compra e venda ou de promessa de cessão que tenha por objeto a área loteada ou lotes da mesma. Se a falência for do proprietário da área loteada ou do titular do direito sobre ela, incumbirá ao síndico ou ao administrador dar cumprimento aos referidos contratos; se do adquirente do lote, seus direitos serão levados à praça.”

imóveis a incorporação do edifício como deveria fazê-lo, ou ao se recusar a fazer rerratificação do compromisso de compra e venda, visando a preencher os requisitos legais para ser registrado.

A 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já teve a oportunidade de decidir a respeito, ao autorizar a expedição de alvará para a outorga da escritura pública de compra e venda em favor do compromissário, num negócio jurídico celebrado em data muito anterior à da decretação da quebra.⁴³²

O Supremo Tribunal Federal também já teve oportunidade de apreciar questão semelhante, em ação de adjudicação compulsória, em conexão com embargos de terceiro, proposta pelo promitente comprador em face da massa falida para obter a outorga da escritura definitiva do terreno e a exclusão do imóvel da arrecadação procedida pelo síndico. Tratava-se de compromisso de compra e venda em que o promitente comprador não fora imitado na posse do imóvel, tampouco pela cláusula *constituti*, e o contrato foi registrado no ofício imobiliário após a decretação da quebra.⁴³³

Entendeu o Supremo Tribunal Federal ser ineficaz, em relação à massa a, inscrição do contrato imobiliário após a decretação da falência, conforme artigo 52, inciso VII, da Lei de Falências. Diante disso, com base no sistema registral e na defesa do interesse dos credores, negou provimento ao apelo, rejeitando ambos os pedidos dos promitentes compradores.

Tem-se por injusta a decisão de negar o dever do síndico de cumprir o contrato e de determinar a arrecadação do imóvel unicamente porque o contrato fora registrado após a decretação da quebra, desde que ausente qualquer modalidade de fraude. Como visto em capítulo anterior, não é o registro que confere o direito à adjudicação compulsória, uma vez que esse dever decorre da própria obrigação contratada.

⁴³² Conforme acórdão proferido na Apelação 590.015.343-TJRS, transcrito no anexo, página 194.

⁴³³ Recurso Extraordinário 87.111-RJ, transcrito no anexo, na página 196.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em situação um pouco diversa, já se manifestou relativamente à ação de embargos de terceiro em caso de contrato de compra e venda celebrado em período abrangido pelo termo legal de falência e registrado posteriormente à decretação da quebra, e decidiu que a cláusula *constituti* existente no contrato não produziu efeitos em relação à massa justamente, porque abrangida pelo termo legal⁴³⁴. Logo, a posse transferida não teve efeitos em relação à massa, e com base nesse fundamento a ação foi julgada improcedente.

Nas situações e decisões acima referidas, verifica-se que o elemento preponderante foi a data da efetivação do registro do contrato no registro de imóveis, independente da imissão na posse e da quitação. Nesse caso, os embargos tiveram por fundamento o direito obrigacional dotado de eficácia diante de terceiros. Caso o contrato tivesse sido registrado em período que antecederesse o termo legal de falência, nada teria impedido, a procedência do pedido da ação de embargos de terceiro interposta, exceto se fosse demonstrada a existência de fraude pauliana alegada pelo síndico, em sede de contestação.

Nas hipóteses de compromisso celebrado em data muito anterior à da decretação da quebra, em que promitente comprador fora imitado na posse, bem como tenha efetivado a quitação do preço, mas não tenha registrado o contrato perante o cartório de registro de imóveis, as decisões dos tribunais pátrios têm desconsiderado o valor da publicidade possessória do promitente comprador. Tem prevalecido o direito dos credores, especificamente a tutela dos direitos e interesses da massa falida. No entanto, quando registrado o contrato em data muito anterior à da decretação da falência, nem sequer abrangida pelo termo legal, a tendência tem sido de admitir a tutela através dos embargos. É consagração da preponderância do registro imobiliário em detrimento da posse e da boa-fé do promitente comprador.

⁴³⁴ Conforme acórdão da Apelação Cível 177/86-TJPR, transcrito no anexo, página 198.

Desconhece-se, pois, em termos de processo falimentar, a real função, o verdadeiro papel a ser atribuído à publicidade possessória diante do registro do contrato perante o cartório imobiliário.

6.4 ALEGAÇÃO DA *EXCEPTIO DOMINI* PELO EMBARGADO EXEQUENTE

Interpostos os embargos de terceiro com base na posse do promitente comprador, é suscitada com frequência a questão da *exceptio domini* pelo credor exequente, réu nos embargos. Isto é, o credor alega que o executado (promitente vendedor) é titular da propriedade do imóvel, motivo pelo qual a penhora pode incidir sobre ela.

6.4.1 Exceção de domínio no direito português

No direito português, como observam Clóvis do Couto e SILVA e Francisco José Ferreira MUNIZ, o fato de os embargos de terceiro serem tidos como espécie de ação possessória não impede que se discuta a questão dominial, conforme artigos 1.034º e 1.042º, alínea “b”, do Código de Processo Civil.⁴³⁵ É curioso que sendo os embargos de terceiro considerados ação de natureza tipicamente possessória, admita-se expressamente a possibilidade de sustentar a *exceptio domini* na contestação, pelo credor embargado. Embora o juiz não possa conhecer da matéria de ofício, alegada pelo embargado, ela permite ao magistrado decidir no plano da titularidade do direito de fundo e não no da posse, como, aliás,

⁴³⁵ Couto e SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 444; MUNIZ, p. 10-11.

“Art. 1.034º (Invocação do direito de propriedade). 1. O réu pode, na contestação, alegar que tem o direito de propriedade sobre a coisa, objecto da acção, e formular o pedido de reconhecimento desse direito. 2. Nesse caso observar-se-á o seguinte: a) Se o valor da causa for superior à alçada da Relação observar-se-ão os termos do processo ordinário e o autor ainda pode, quanto à questão da propriedade, responder à tréplica; b) no caso contrário, pode haver resposta à contestação, e quando na resposta for deduzida alguma excepção, o réu tem ainda a faculdade de responder à matéria desta. [...] Art. 1.042. Recebidos os embargos, observar-se-á o disposto nos artigos 1.033º a 1.036º, com as seguintes especialidades: [...]b) O embargado pode alegar na contestação, não só que tem o direito de propriedade sobre os bens, **mas também que esse direito pertence à pessoa contra quem a diligência foi promovida** [sem grifo no original]; [...]” Há, portanto, no direito português expressa disposição legal a permitir que o embargado exequente invoque o direito de propriedade do devedor executado, mesmo considerando os embargos de terceiro como espécie de ação possessória. (sem grifo no original).

esclarece Alberto dos REIS, isto é, o embargado exeqüente poderá levantar a questão da propriedade em nome do executado.⁴³⁶

O embargado exeqüente alegará que ao executado (promitente vendedor devedor) pertence a propriedade do imóvel. Ao invocar a propriedade do executado, sobrepõe a questão da propriedade à questão da posse que fundamenta os embargos de terceiro. Qual será, então, a decisão a ser tomada pelo magistrado: pelo petitório ou pelo possessório?

Conforme Alberto dos REIS, “se a sua alegação sobre a propriedade do executado for julgada procedente, os embargos naufragam, embora se fundassem sobre posse pertencente ao embargante”. O mesmo autor arremata: “É que, no conflito entre o direito de propriedade e o direito de posse, aquele prevalece sobre esse, como já pusemos em relevo a propósito das acções possessórias”⁴³⁷. Verifica-se prevalecer em Portugal a propriedade a posse, mesmo nas acções possessórias.

Resta saber como fica essa questão quando suscitada pelo embargado (credor exeqüente), especialmente tendo em conta o fato de que os embargos de terceiro não são, no Brasil, espécie de ação possessória.

6.4.2 Exceção de domínio no direito brasileiro

Não há dúvida de que a defesa do embargado exeqüente é, em geral, veiculada pela alegação da *exceptio domini*, isto é, de que o executado, embora não tenha a posse do imóvel, ainda é o titular do direito de propriedade. Diversamente do que ocorre em Portugal, não há, no direito pátrio, disposição legal expressa nem a respeito da alegação da questão dominial em matéria de defesa nos embargos de terceiro, nem no que se refere à legitimidade do exeqüente embargado para suscitá-la.

⁴³⁶ REIS, p. 457.

⁴³⁷ REIS, p. 457.

Nos embargos de terceiro, quando o credor embargado argumenta pela propriedade, o faz consoante o disposto no artigo 530, inciso I, do Código Civil, para alegar que, em tese, o imóvel pode ser penhorado, hipótese em que a ação deverá ser julgada improcedente. Perquire-se, então, sobre a aceitabilidade de deduzir a exceção de domínio na contestação dos embargos de terceiro, cuja base é exclusivamente a posse, consoante disciplina a segunda parte do §1º do artigo 1.046 do Código de Processo Civil.

6.4.3 Questão dominial nos embargos de terceiro possuidor

Se os embargos de terceiro puderem ser considerados como espécie do gênero ação possessória, ação de manutenção ou restituição de posse, não haverá como prosperar a alegação da *exceptio domini*, pois a teor do artigo 505 do Código Civil e do artigo 923 do Código de Processo Civil, a posse haverá de ser o único objeto do debate.⁴³⁸ Não sendo possível conhecer da matéria petitória, a solução da questão seria sobremaneira pacífica, diante da natural incompatibilidade entre o possessório e o petitório, já que não poderiam cumular-se na mesma instância ou, ao mesmo tempo em instâncias diversas, não podendo ser julgados um senão depois de outro. Considerados os embargos como espécie de ação possessória, nada impediria ao juiz julgar em favor do terceiro embargante — promitente comprador possuidor

⁴³⁸ “Art. 505. Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio. (sem grifo no original) [...] Art. 923. Na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio.” Consoante a redação originária, isto é, antes da Lei 6.820, de 16.9.80, era o seguinte o teor desse último artigo: “Na pendência do processo possessório é defeso assim ao autor como ao réu intentar a ação de reconhecimento do domínio. Não obsta, porém, a manutenção ou reintegração na posse a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio”. Em relação à redação primitiva do art. 923, o Professor Altino Portugal Soares PEREIRA bem esclarece que o Código de Processo Civil encerrava maior contradição do que a apontada no art. 505 do Código Civil vigente.” Entendia que o art. 923 só deveria permanecer na parte em que estabelecia “não obsta à manutenção, ou reintegração, na posse, a alegação de domínio ou outro direito sobre a coisa.” (A exceção de domínio no código de processo civil. *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo, v. 1, n. 2, out./dez. 1977, p. 20. Com a Lei 6.820/80, esclarece Ovídio A. Baptista da SILVA: “a questão que persiste é a de saber se o art. 505 do Código Civil ainda vigora com a redação primitiva ou se, tendo o Código de Processo Civil disciplinado a mesma matéria, tê-lo-ia revogado, de modo que a subsequente revogação da lei revogadora, não teria a virtude de repristinar a disposição revogada”. Existe segundo esse autor, a tendência, por parte da doutrina e da jurisprudência, de entender que a segunda parte do art. 505 do Código Civil não mais existe em nosso direito, em que pese haja possibilidade de a exceção de domínio emergir nas possessórias em face da parte final do art. 507 do Código Civil. (Curso de processo civil. 2. ed. Porto Alegre : Fabris, 1993. v. 2, p. 204-205).

— em detrimento do direito de propriedade do executado, ainda que alegado pelo exequente embargado.

Haveria uma única hipótese — excepcional —, em que seria possível discutir a questão da propriedade na ação possessória dos embargos de terceiro, nomeadamente quando ambas as partes, embargante e embargado, estivessem a discutir a titularidade da posse. Nesse caso, havendo dúvida quanto à posse do embargante e à do executado, poderia o juiz determinar o seqüestro do bem, para posteriormente decidir favoravelmente àquele a quem pertencer o domínio. A dúvida sobre quem estaria na posse acarretaria a aplicação da regra da segunda parte do artigo 505 do Código Civil. Isto é, a alegação de domínio feita pelo embargado (credor) em relação ao executado (promitente vendedor) poderia ser acolhida diante da posse duvidosa do embargante, caso em que a decisão prevaleceria em favor do exequente, para julgar improcedentes os embargos. Ocorre que os embargos de terceiro possuidor requerem posse inequívoca, sob pena de indeferimento liminar, o que demonstra ser hipótese muito remota de ocorrer na prática.

Como conjectura remota e pressupondo que no direito nacional os embargos de terceiro não constituem ação possessória propriamente dita, embora possam ter na posse o seu principal fundamento, surge a incógnita de saber se há a possibilidade de levantar a questão do direito de propriedade do executado pelo embargado.

Justamente por não tratar-se de ação possessória em sentido estrito, seria plausível ao embargado exequente alegar a propriedade do executado, em detrimento da posse do embargante, para com isso ver julgados improcedentes os embargos de terceiro.

Surge a controvérsia uma vez que não se têm os embargos de terceiro como espécie de ação possessória, mas como ação em que pode basear-se o pedido de levantamento da apreensão do imóvel na posse ou no direito (real ou obrigacional). Nesse caso, seria possível cogitar da apreciação da questão dominial eventualmente suscitada pelo embargado.

Admitir a alegação da *exceptio domini* pelo exeqüente embargado, como nos moldes do direito lusitano, acarretaria a prevalência da propriedade sobre a posse, hipótese em que o êxito dos embargos de terceiro dependeria de o embargante (promitente comprador) ser proprietário e possuidor, o que efetivamente não ocorre.

Sobre a admissibilidade de alegação ou não o domínio do executado promitente vendedor, esclarece Francisco MUNIZ que “no Direito brasileiro poderemos dizer que ao embargado, ao contrário do que ocorre no Direito português, não se permite invocar o domínio em nome do executado, transformando-se por iniciativa do embargado esses embargos em ação de domínio”. Em abono dessa sua posição, Francisco MUNIZ recorre ao fato de que não há na lei dispositivo legal que conceda ao embargado a faculdade de suscitar a questão do domínio do executado. Segundo as suas palavras, “não se admite ao embargado, portanto, uma exceção tirada de direito de outrem (*exceptio de jure tertii*)”⁴³⁹.

Em Portugal, segundo a doutrina de Alberto dos Reis antes referida, o embargado reveste nesse caso a qualidade de substituto processual do proprietário, porque tem interesse legítimo em que a propriedade sobrepaire em relação à posse.

Ao contrário do direito lusitano, não há no brasileiro norma alguma que admita ao embargado (exeqüente) opor à posse do embargante (promitente comprador) o direito de propriedade do executado (promitente vendedor), motivo pelo qual a tutela dos embargos de terceiro possuidor não pode ser prejudicada por tal alegação, e menos ainda se for argüida pelo embargado a qualidade de substituto processual do proprietário (promitente vendedor).

Ainda que se admitisse ao embargado sustentar o direito de propriedade do executado, por força do que resulta do registro imobiliário, impõe-se reconhecer, com José Osório de AZEVEDO JUNIOR que “a propriedade que terá remanescido com o compromitente vendedor, após o pagamento do preço, não passa de uma

⁴³⁹ MUNIZ, p. 13-14.

dessas palavras vazias com as quais tão freqüentemente os homens do direito têm que se haver”. E continua o autor: “Estando transferidos ao compromissário todos os poderes inerentes ao domínio e, após o pagamento do preço, não havendo possibilidade de retorno desses poderes ao promitente vendedor, a nós nos parece que o que sobrou não foi nada mais do que ‘**recordação da propriedade**’, na linguagem poética de Barbosa Lima”⁴⁴⁰.

Outro aspecto a considerar, quando o pedido de liberação do bem, através dos embargos de terceiro, tem fundamento na posse, é o de que se devem aplicar, por analogia, os princípios que regem a tutela possessória. Deverá se considerar a incompatibilidade do petitório com o possessório, ficando proibida a arguição da questão dominial pelo embargado. Assim, alicerçados os de embargos de terceiro exclusivamente na posse, analogicamente haverá a inadmissibilidade de deduzir a *exceptio domini* em contestação. Por ser a posse o fundamento do pedido nos embargos na busca da liberação da apreensão, não será plausível conhecer do domínio do devedor executado.

O que justifica a inadmissibilidade da alegação do domínio no âmbito dos embargos de terceiro possuidor, é exatamente a matéria, o objeto que fundamenta o pedido de liberação da apreensão, e isso não desnatura a sua natureza jurídica nem a transforma em espécie de ação possessória.

Portanto, quando o fundamento dos embargos de terceiro for exclusivamente a posse, o seu julgamento não deverá ser distorcido pela arguição da propriedade do executado. Havendo dúvida quanto à posse do embargante, demonstrada pelo embargado, se os embargos de terceiro não foram indeferidos liminarmente, eles deverão ser julgados improcedentes.

⁴⁴⁰ AZEVEDO JUNIOR, Compromisso de compra e venda, p. 65.

6.4.4 Questão dominial nos embargos de terceiro senhor e possuidor

O promitente comprador, titular de direito obrigacional e da posse direta sobre o imóvel objeto do contrato, não pode ser considerado titular do direito de propriedade enquanto não tiver o registrada na matrícula, perante o cartório de registro de imóveis, a escritura pública de compra e venda.

Somente se poderá cogitar da apreciação da questão dominial, na hipótese de embargos de terceiro, fundamentados simultaneamente no domínio e na posse, quando houver dúvida quanto à titularidade do domínio do embargante, que, no caso, não poderá ser apenas titular de um direito meramente obrigacional, como é o promitente comprador, mas de um direito real, o direito de propriedade. Diante disso, será impossível ocorrer de o promitente comprador interpor embargos de terceiro com fundamento na posse e no domínio, se ainda não é titular deste último direito.

6.5 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA AÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO

Os embargos de terceiro têm um procedimento especial sendo condicionados a requisitos específicos para seu processamento e restringindo a cognição do juiz a certas questões.

São condições da ação⁴⁴¹ de embargos de terceiro: a) deve haver a posse, pois sem ela não há como falar em turbação ou esbulho; ou o direito, seja real, seja pessoal, conforme o caso; b) no que se refere ao aspecto subjetivo, a turbação ou o esbulho ou, ainda, a violação do direito, deve resultar de determinação judicial; c) o

⁴⁴¹ Conforme Humberto Theodoro Júnior, a existência da ação depende de alguns requisitos constitutivos denominados “condições da ação”, cuja ausência levará à carência da ação. Assim, embora estabelecido válida e regularmente, com a falta de uma condição da ação ele será extinto prematuramente, sem que o Estado dê resposta ao pedido de tutela jurisdicional do autor, logo, sem julgamento do mérito. (art. 267, VI do Código de Processo Civil). Assim, embora a relação processual possa estar perfeita quanto aos seus pressupostos de formação e desenvolvimento válido e regular do processo, inexistente qualquer das condições da ação ela não prosperará. Os pressupostos processuais podem ser divididos em subjetivos (a capacidade das partes, competência do juízo e capacidade de postulação do representante processual da parte) e objetivos (aqueles que se referem à validade da relação processual por questões inerentes ao processo como por exemplo a ausência de nulidade processual em razão da observância do procedimento adequado, a litispendência, a coisa julgada). (Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 1, n. 17, jan./mar. 1980, p. 41-47).

esbulho ou a turbação ou, ainda, a violação do direito, deve já ter ocorrido ou ser ao menos iminente, o que revela também o caráter preventivo dos embargos; d) também de natureza subjetiva, é imprescindível a qualidade de terceiro ao embargante, assim entendido todo aquele que não é parte no processo ou, tendo sido, defende bens que, pelo título de aquisição ou pela qualidade da posse, não podem ser objeto de apreensão judicial.

6.5.1 Legitimidade passiva

O exeqüente é parte legítima para figurar no pólo passivo da relação jurídica processual dos embargos de terceiro, conforme doutrina Hamilton de Moraes e BARROS. A dúvida que esse autor aponta é a de se saber se, com o exeqüente, deve o executado vir integrar o pólo passivo. Impõe-se considerar que réus dos embargos não poderão ser pessoas estranhas à execução.⁴⁴²

Jorge Duarte PINHEIRO explica que, no direito português, não é correto designar invariavelmente só o exeqüente como embargado, porquanto não é a penhora em abstrato que atinge a posse de um terceiro, mas a penhora como resultado ou produto da indicação, da nomeação de bens efetuada por uma das partes. Assevera esse autor que a inicial dirigida contra o exeqüente e o executado se caracteriza pela cautela, pois, na dúvida, deixa-se a decisão ao juiz, na certeza de que os embargos prosseguirão ao menos contra um deles, especificamente contra aquele que tiver nomeado o bem à penhora. No caso de ter o executado indicado, nomeado os bens à penhora, tem-se por imprescindível a sua presença como litisconsorte passivo ao lado do credor exeqüente.⁴⁴³

É interessante observar que pode existir conluio entre o exeqüente (credor) e o executado (promitente vendedor), para obter a improcedência do pedido dos embargos de terceiro e prejudicar o promitente comprador. Assim pode haver

⁴⁴² BARROS, p. 311.

⁴⁴³ PINHEIRO, p. 48-50.

também conluio entre o executado (promitente vendedor) e o terceiro embargante (promitente comprador), para fraudar o direito do exeqüente. Na primeira hipótese, quando possa haver combinação entre o promitente vendedor (executado) e o exeqüente, é interessante que ambos sejam citados como réus na ação.

Alberto dos REIS explica ser considerado o exeqüente parte legítima para figurar como embargado, porque a penhora é originada de requerimento dele, pois é o beneficiário e o principal e direto interessado nos atos que se destinam a possibilitar apreensão judicial que os embargos de terceiro visam a impedir, de modo a frustrar a satisfação do seu direito de crédito.⁴⁴⁴

Semelhante é o entendimento de Nelson NERY JÚNIOR, para quem, no âmbito dos embargos de terceiro, legitimado passivo é quem dá ensejo à apreensão judicial sobre o bem de posse do terceiro embargante. Desse modo, se foi o credor exeqüente quem nomeou o bem de propriedade e de posse, ou somente de posse de terceiro estranho à relação processual, somente ele será legitimado passivo. O exeqüente, em geral, procede à nomeação de bens que integram o patrimônio do executado com base em certidão do registro de imóveis, da qual consta ser do executado o direito de propriedade. No entanto, caso tenha sido o devedor executado quem indicou bem de terceiro, a ação de embargos deverá ser proposta contra o credor exeqüente e contra o devedor, simultaneamente.⁴⁴⁵ É essa, igualmente, a opinião de Edson PRATA⁴⁴⁶, segundo o qual, se o ato de apreensão é resultado da indicação do bem pelo executado, deverá ele figurar no pólo passivo da relação jurídica processual, como litisconsorte passivo do embargado exeqüente.⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ REIS, p. 403.

⁴⁴⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. Fraude contra credores e dos embargos de terceiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 6, n°23, p. 95-96, jul./set. 1981.

⁴⁴⁶ PRATA, Edson. *Embargos de terceiro*. São Paulo : LEUD, 1980. p. 269.

⁴⁴⁷ NERY JÚNIOR, p. 95-96.

O embargante deverá requerer a citação do exeqüente, caso tenha sido ele quem indicou o imóvel comprometido à penhora, mas, se esse ato foi do executado, deverá ele integrar a lide como litisconsorte passivo do exeqüente.

6.5.2 Juízo competente

A competência para julgar os embargos de terceiro, via de regra, será do mesmo juiz que determinou a apreensão judicial do bem, circunstância que impõe a distribuição do feito por dependência.

Os embargos de terceiro tramitam em autos distintos, ou melhor, são autuados em separado. Trata-se de ação autônoma em relação ao processo principal, do qual emana o ato jurisdicional impugnado. Não deverão ser apensados aos autos da ação principal, mas sim correr em autos apartados. A base do processamento dos embargos está na certidão do auto da diligência sobre o bem objeto dos embargos ou na certidão do despacho que determina a apreensão.

O juízo único para o trâmite dos dois feitos se justifica devido à conexão que existe entre eles, pois não raro o juiz dos autos dos embargos de terceiro terá de reapreciar ou rever os atos praticados no processo principal.

Tendo sido o ato do “Estado-Juiz” que originou a ação — quando feriu a pretensão de terceiro — será competente para a sua apreciação o mesmo juiz que o determinou.

6.5.2.1 Competência no caso de carta precatória

Consoante Hamilton de Moraes e BARROS, o juízo deprecado será o competente para apreciar os embargos de terceiro, pois foi ele quem praticou o ato de apreensão judicial contra o embargante, ainda que solicitado pelo juízo deprecante.⁴⁴⁸

⁴⁴⁸ BARROS, p. 383.

Já para Edson PRATA, os embargos de terceiro deverão ser julgados pelo juiz deprecado, quando ele determina a pesquisa de bens passíveis de apreensão judicial e as providências cabíveis. Mas quando o bem é designado ou individuado pelo juiz deprecante, que roga a sua apreensão, será perante este que deverão tramitar os embargos, constituindo o deprecado simples via judicial adequada para o cumprimento da penhora.⁴⁴⁹

Na execução por carta, conclui-se que os embargos devem ser interpostos perante o juízo deprecado, tendo ele determinado a pesquisa e a apreensão dos bens encontrados. Será competente o juízo deprecante quando já estiverem individualizados na carta precatória, os bens a serem apreendidos.

6.5.3 Prazo para propositura

Há um período processual próprio para que o promitente comprador interponha os embargos de terceiro. Consoante disciplina o artigo 1.048 do Código de Processo Civil, os embargos podem ser propostos a qualquer tempo no processo de conhecimento, enquanto não transitada em julgado a sentença, e até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição no processo de execução, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta. Trata-se de prazo peremptório. Caso por qualquer motivo a assinatura das cartas de arrematação, adjudicação ou remição do bem supere o prazo de cinco dias, o terceiro embargante não se beneficiará desse elastecimento temporal.⁴⁵⁰

Por outro lado, se a carta de arrematação for assinada antes de transcorridos os cinco dias contados da data da arrematação ou da adjudicação, estará superado o prazo para a propositura dos embargos de terceiro.

⁴⁴⁹ PRATA, *Embargos de terceiro*, p. 206.

⁴⁵⁰ “Art. 1.048. Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença, e no processo de execução, até cinco (5) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.”

Uma vez superado o prazo para a propositura dessa ação mandamental, o terceiro poderá defender os seus direitos através de outra ação eventualmente cabível, como a de reintegração ou de manutenção de posse, a reivindicatória ou, ainda, conforme o caso, através de mandado de segurança.

6.5.4 Caráter mandamental

Os embargos de terceiro visam excluir o bem submetido a apreensão judicial em decorrência de relação jurídico-processual da qual o embargante não é parte. O embargante usa de direito próprio em face de ato de penhora oriundo de processo alheio que lhe atinge o patrimônio. Os direitos do embargado perante a outra parte ou dos embargados entre si não sofrem nenhuma alteração com a decisão proferida nos embargos de terceiro.

O que se pede, no âmbito dos embargos de terceiro, é justamente a declaração da legalidade ou ilegalidade do ato de apreensão judicial, com o conseqüente contramandado ou a contra-ordem, no caso de ilegalidade, uma vez que a posse, o direito ou o domínio não são, em si, objeto de declaração judicial. Qualquer deles poderá servir de causa ao pedido e de condição da ação, conforme a hermenêutica que o tribunal conferir aos dispositivos legais aplicáveis, especificamente ao artigo 1.046 do Código de Processo Civil.

Para Pontes de MIRANDA, os embargos de terceiro são uma ação mandamental negativa, cuja sentença não é eminentemente declarativa, porque o seu conteúdo tem por finalidade última a cessação da eficácia do mandado de penhora, arresto, seqüestro, alienação judicial, partilha, ou qualquer outro ato de apreensão judicial. Disso resulta serem “os embargos são pedidos de mandado contra a eficácia do mandado”. Por isso entende que “os embargos de terceiro não são remédio jurídico possessório, são ação que se pode basear na posse”. Visam a declaração da ilegitimidade material da execução sobre o objeto, relativamente a terceiro, cujo pressuposto pode ser a posse, o domínio ou os direitos. A declaratividade negativa da sentença nos embargos implicará a declaração positiva

do direito do embargante, com preponderância para o elemento mandamental da sentença.⁴⁵¹

Sobre a declaratividade da sentença nos embargos, Clóvis do Couto e SILVA entende não ser suficiente essa qualificação, pelo fato de existir declaratividade em todas as sentenças, sendo fácil, sob esse aspecto, classificá-las como declaratórias. Reconhece a originalidade e a importância da contribuição de Pontes de MIRANDA justamente por demonstrar que as sentenças podem cumular efeitos não excludentes entre si, o que revela a complexidade da classificação das ações e das sentenças através dos seus efeitos. Ainda conforme Couto e SILVA, nos embargos de terceiro não se desconstitui o título executivo; simplesmente se determina a manutenção ou a reintegração de alguém, e a eficácia mandamental se apresenta exatamente por dirigir-se sempre contra medidas ou diligências processuais judiciais no intuito de afastá-las ou suspendê-las.⁴⁵²

Hamilton de Moraes e BARROS igualmente acredita aproximam-se os embargos de terceiro mais do mandado de segurança do que das ações possessórias, daí por que também lhes reconhece o caráter mandamental, quando visam desfazer ato de apreensão.⁴⁵³ Essa é também a opinião de Luiz AMBRA, a qual se adota como correta no âmbito desse estudo.

6.5.5 Oposição e embargos à execução

É relevante entender que os embargos não se confundem com a oposição, pois esta é ação contra o Estado em face das partes, ao passo que os embargos constituem em ação contra o Estado, em face do próprio Estado, representado pelo órgão jurisdicional. Os embargos não constituem ação proposta contra o Estado, em face das partes. Tampouco são opostos à parte ou às partes, a favor de quem se

⁴⁵¹ Pontes de MIRANDA, *Tratados das ações*, p. 194.

⁴⁵² Couto e SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 438 e ss.

⁴⁵³ BARROS, p. 369.

concedeu o mandado, embora o exeqüente ou o executado ou, ainda, ambos, possam figurar no pólo passivo da relação jurídico-processual. Os embargos representam, em síntese, ação contra ato do Estado, através do órgão jurisdicional, porquanto o seu ato está a ferir a pretensão de terceiro, o que faz originar a ação.

Os embargos de terceiro também não se confundem com os embargos à execução, pois para o cabimento desses é indispensável que o juízo esteja seguro pela penhora, ao passo que aqueles podem ser opostos preventivamente, antes mesmo de concretizada a apreensão. As finalidades também são diversas. Nos embargos de executado não se busca apenas afastar a penhora que recaiu sobre o bem alheio, mas destruir o próprio título executivo. Os embargos de terceiro e os embargos à execução são institutos jurídico-processuais inconfundíveis, com finalidades e procedimentos diversos.

Os embargos de terceiro visam a evitar ou eliminar as conseqüências dos atos processuais constritivos do juiz, na medida que o terceiro embargante — senhor e possuidor, ou somente possuidor ou ainda somente titular de direitos sem posse, conforme a abrangência hermenêutica com que seja classificado — pretenda manter-se ou reintegrar-se na posse dos bens penhorados ou de qualquer outra forma apreendidos ou, ainda, ter reconhecido e respeitado o seu direito real ou obrigacional, respectivamente. Representam um pedido de mandado desconstrutivo contra a eficácia de mandado de apreensão, dirigido ao mesmo juiz que o ordenou.

6.5.6 Valor da causa

Por estarem os embargos de terceiro condicionados à existência de demanda judicial, da qual deriva ato de apreensão sobre determinado bem, regra geral entende-se deva o valor da causa nos embargos corresponder ao da coisa objeto da apreensão. Assim, na maioria das vezes, será o valor do bem sobre o qual incide a penhora, o seqüestro, a arrecadação que informará o valor da causa dos embargos. O valor da causa não é o da ação de execução em que se operou a apreensão, mas o valor do bem que se pretende liberar.

Sobre esse tema, Gelson Amaro de SOUZA explica que, na maioria das vezes, o valor dos embargos deverá ser o do bem arrestado ou penhorado, mas essa regra tem exceções. O valor da causa deve corresponder ao do benefício pleiteado, e este muitas vezes, nada tem a ver com o valor da execução ou do bem penhorado. Eles podem coincidir, mas não necessariamente. O valor da causa, segundo ele, deve corresponder ao proveito econômico perseguido pelo autor da demanda.⁴⁵⁴

Quando o valor do bem for igual ou inferior ao da ação de execução, prevalecerá o valor da coisa. Se o valor do bem penhorado for superior ao da execução, será o valor desta que prevalecerá. Essa orientação efetivamente parece ser a mais correta, pois a importância que restar da alienação do imóvel, em decorrência da satisfação do crédito, deverá ser devolvida ao terceiro embargante.

6.5.7 Processamento

Os embargos serão interpostos em petição inicial, na qual o embargante deverá fazer a prova sumária e informativa⁴⁵⁵ de sua posse e da qualidade de terceiro, oferecendo documentos e apresentando rol de testemunhas. É igualmente facultada ao terceiro embargante a prova da posse em audiência preliminar, designada para esse fim, denominada audiência de justificação de posse.

Os embargos serão distribuídos por dependência e tramitarão em autos distintos perante o mesmo juiz que ordenou a apreensão judicial. Uma vez provada a posse ou, ainda, o direito, o juiz deferirá liminarmente os embargos e ordenará a expedição de mandado de manutenção ou de restituição em favor do embargante,

⁴⁵⁴ SOUZA, Gelson Amaro de. Valor da causa nos embargos de terceiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 239-248, abr./jun. 1984.

⁴⁵⁵ Sobre a questão, há interessante decisão proferida no Agravo de Petição 04680/94-6, que pode ser consultada no anexo, página 201.

que só receberá os bens depois de prestar caução, nos termos do artigo 1.051 do Código de Processo Civil.⁴⁵⁶

Versando os embargos sobre todos os bens, determinará o juiz a suspensão do curso do processo principal; versando somente sobre alguns dos bens, prosseguirá o processo principal unicamente em relação àqueles não abrangidos pelos embargados. Os embargos de terceiro deverão ser contestados no prazo de dez dias, sob pena de revelia.

As partes na ação de embargos de terceiro nem sempre são as mesmas do processo do qual emana o ato de apreensão, do que resulta ser indispensável a citação pessoal dos embargados.

Logo na inicial, o autor deverá apresentar os documentos que lhe permitam provar e demonstrar a sua posse, seu direito pessoal ou real; também por certidão poderá demonstrar a sua condição de terceiro não participante da relação processual da qual emana o ato judicial impugnado, exceto se sustenta qualidade diversa daquela em que figura no processo principal.

O autor deve apresentar, na inicial, o rol de testemunhas. Elas serão imprescindíveis quando a posse não constar de documento escrito, ao ser necessária a produção de provas, em audiência prévia de justificação de posse. Nessa audiência, não será necessária a participação do embargado; pois somente na instrução do feito, audiência principal, o réu embargado deverá fazer-se presente, sob pena de revelia.

6.5.7.1 Deferimento liminar: consequências para a execução

O juiz, ao receber a inicial dos embargos de terceiro poderá, conforme estejam presentes os requisitos legais, conceder liminar⁴⁵⁷, para o fim de manter ou

⁴⁵⁶ “Art. 1.051. Julgando suficientemente provada a posse, o juiz deferirá liminarmente os embargos e ordenará a expedição de mandado de manutenção ou de restituição em favor do embargante, que só receberá os bens depois de prestar caução de os devolver com os seus rendimentos, caso sejam ao final declarados improcedentes.”

⁴⁵⁷ Não se trata de antecipação de tutela, conforme previsão do artigo 273 do Código de Processo Civil. Nos embargos de terceiro, assim como nas ações possessórias, há cognição parcial, em que se privilegia os valores de certeza e celeridade. Conforme Luiz Guilherme MARINONI, existe uma diferença quanto ao grau de cognição. Para Marinoni, o que faltava em nosso Direito era a expressa possibilidade da concessão da tutela antecipatória no processo de cognição

reintegrar o embargante na posse do imóvel. Também poderá rejeitá-los, liminarmente, ao verificar a existência de conluio entre o executado e o embargante para fazer demorar ou tumultuar a execução.

Caso haja extinção do processo sem julgamento do mérito, pela rejeição liminar, o recurso cabível será o de apelação. Nesse caso, não haverá coisa julgada material. Admitidos e recebidos os embargos, haverá decisão interlocutória, que poderá ser atacada através do agravo de instrumento.

Conforme doutrina Hamilton de Moraes e BARROS, o deferimento liminar, antecipado e provisório do pedido dos embargos de terceiro produz os seguintes efeitos: ⁴⁵⁸ a) suspende a execução sobre os bens a que se referem a ação, até decisão final em sentença de mérito. Relativamente à suspensão do processo principal, ela ocorrerá única e exclusivamente em relação aos bens objeto dos embargos de terceiro, a teor do que prescreve o artigo 1.052 do Código de Processo Civil⁴⁵⁹. Versando apenas sobre alguns dos bens judicialmente apreendidos, a execução prosseguirá em relação aos demais bens não integrantes do pedido. A suspensão da ação principal se justifica pela relevância da matéria e pelo inconveniente do prosseguimento da execução, uma vez que a procedência do pedido dos embargos de terceiro, em sentença final, implicaria o desfazimento de tudo o que se tivesse feito com a seqüência do processo principal; b) conserva o embargante na posse dos bens objeto dos embargos; c) obriga o embargante a prestar caução correspondente ao valor e aos rendimentos desses bens, consistente em hipoteca, penhor, fiança, depósito em dinheiro, fiança bancária, títulos ou outra garantia; do contrário, poderá o juiz determinar o seqüestro da coisa; d) torna litigiosos os bens objetos dos embargos, a litigiosidade dos bens assegura o direito de

exauriente”, o que não é o caso dos embargos de terceiro. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 21-25.

⁴⁵⁸ BARROS, p. 309.

⁴⁵⁹ “Art. 1.052. Quando os embargos versarem sobre todos os bens, determinará o juiz a suspensão do curso do processo principal; versando sobre alguns deles, prosseguirá o processo principal somente quanto aos bens não embargados.”

ambas as partes. Quando o juiz recebe os embargos e determina manutenção do embargante na posse do bem, não está autorizando a sua alienação por ele, pois é da essência da controvérsia dessa ação a indisponibilidade da coisa em consideração à possibilidade de poder efetivamente integrar o patrimônio do executado.

Das conseqüências da concessão da liminar acima, constata-se uma vez mais o caráter mandamental da ação de embargos de terceiro, com a paralisação, inclusive, do processo do qual o ato impugnado dimanava, parcial ou totalmente, conforme o caso.

6.6 EXAME DA FRAUDE CONTRA CREDORES E DE EXECUÇÃO NOS EMBARGOS DE TERCEIRO

De acordo com Manoel Justino BEZERRA FILHO, o exame da fraude contra credores no âmbito dos embargos é matéria com discussão atual, e ainda se encontra em aberto, seja na opinião divergente dos autores, seja na jurisprudência.⁴⁶⁰

Clóvis V. do Couto e SILVA afirma que a jurisprudência tem reiteradamente admitido o exame da fraude contra credores nos embargos de terceiro, sem necessidade da propositura da ação pauliana, fato comprovado pela localização de algumas decisões judiciais nesse sentido.⁴⁶¹

Esse jurista reconhece que o procedimento dos embargos de terceiro não é adequado ao exame da questão. Entende porém, estar ela de tal modo vinculada à lide, que não admitir o seu exame seria tolerar indefinidamente a existência de litígios, à proporção que o devedor sempre poderia transferir a posse a terceiro com a finalidade de possibilitar o exercício dos embargos.

Ainda segundo Clóvis V. do Couto e SILVA, a apreciação incidental dessa matéria, nos embargos de terceiro não impossibilitaria o exercício da ação pauliana

⁴⁶⁰ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Ação pauliana e embargos de terceiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 73, n. 581, p. 33, mar. 1984. Veja-se também DINAMARCO, *Execução civil*, p. 274. Sobre a matéria v. julgamento do Recurso Extraordinário 90.934-RJ e dos Recursos Especiais 58.343-8-RS e 24.311-0-RJ, transcritos no anexo, nas páginas 203 a 213.

⁴⁶¹ Couto e SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 447.

pelo embargado através do meio processual próprio, se fosse julgada não configurada no âmbito dessa ação.

Luiz Felipe Silveira DIFINI também não vê obstáculo para a apreciação incidental, nos embargos de terceiro, da questão da fraude contra credores, quando é notória a sua configuração, hipótese em que, a seu ver, haverá uma simples diferença de exame de prova.⁴⁶² Ernani Fidelis dos SANTOS, de igual maneira, não reconhece óbice à apreciação da questão pauliana nos embargos de terceiro por economia processual, desde que alienante e adquirente participem da relação jurídica processual, pois disso não resultaria prejuízo.⁴⁶³ Tem a mesma orientação Yussef Said CAHALI; ao entender que tanto a simulação fraudulenta como a fraude contra credores e a fraude de execução podem ser conhecidas incidentalmente nos embargos, não se cogitando da necessidade da ação própria.⁴⁶⁴

Outros autores entendem ser necessária a ação adequada, a pauliana, para que se obtenha a desconstituição, a anulação ou a decretação da ineficácia relativa do negócio viciado, conforme o caso. Dentre eles, podem ser mencionados Mário Aguiar MOURA e Hamilton de Moraes e BARROS. Segundo eles o procedimento dos embargos de terceiro não é adequado à produção das provas necessárias, uma vez que o seu objeto é limitado. Além disso, a participação das duas partes — adquirente e alienante — é fundamental para a decisão a ser proferida na ação pauliana, circunstância que nem sempre ocorre no âmbito dos embargos de terceiro. Isto porque algumas vezes, somente o exequente, por ter nomeado ou indicado o bem à penhora, participa da relação jurídico processual desse processo especial.⁴⁶⁵

Está correta a postura de Mário Aguiar MOURA, ao sustentar que a sentença no processo de embargos de terceiro não é apta a desconstituir o título de

⁴⁶² DIFINI, Luiz Felipe Silveira Difini. *Embargos de terceiro*. Rio de Janeiro : Aide, 1992. p. 122.

⁴⁶³ Fidelis dos SANTOS, p. 455

⁴⁶⁴ CAHALI, p. 52.

⁴⁶⁵ MOURA, *Promessa de compra e venda*, p. 392; BARROS, p. 374.

domínio com fundamento na fraude contra credores, sob pena de violação de princípios de segurança e estabilidade, consagrados através dos mecanismos processuais adequados a tal finalidade.⁴⁶⁶ Compartilham essa mesma forma de pensar José Sebastião de OLIVEIRA, P. R. Tavares PAES, Willis Santiago GUERRA FILHO, Nelson NERY JÚNIOR e Alcides de Mendonça LIMA.⁴⁶⁷

A análise da fraude contra credores incompatibiliza-se com o rito procedimental dos embargos de terceiro, especialmente pelo fato de, na ação pauliana, haver a formação de litisconsórcio passivo necessário unitário, o que não ocorre impreterivelmente nos embargos de terceiro, no qual em geral somente o exequente participa do pólo passivo da relação jurídica processual.

A respeito, no 6º Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada, realizado em Belo Horizonte em junho de 1983, chegou-se a concluir que a fraude contra credores pode ser apreciada no âmbito dos embargos de terceiro, desde que todos os interessados participem ou tenham sido convocados para o processo.⁴⁶⁸

A prudência recomenda que as limitações decorrentes do tipo de procedimento especial aplicado nos embargos de terceiro não permite a análise de questões de alta indagação, tornando-o inadequado para esse desiderato. De outro lado, é preciso também considerar que, entre as duas espécies de fraude diferentes, com graus diversos de gravidade, a lei somente admite a pronta e imediata incidência da responsabilidade sobre o bem alienado, ou gravado, no caso de fraude de execução.

Corrobora-se a afirmação inicial de quão discordante é, entre os diversos autores nacionais, cujas orientações se refletem nas divergentes decisões judiciais, a

⁴⁶⁶ MOURA, *Promessa de compra e venda*, p. 374.

⁴⁶⁷ OLIVEIRA (p. 28); PAES (p. 67-69); GUERRA FILHO (p. 174-181); NERY JÚNIOR (p. 90-99); Alcides de Mendonça LIMA (Fraude de execução : consultas e pareceres. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 65, n. 485, p. 39-46, mar. 1976).

⁴⁶⁸ "A fraude contra credores pode ser apreciada em embargos de terceiro, desde que todos os interessados participem ou tenham sido convocados ao processo." (aprovação por maioria). *Ajuris*, v. 28, p. 127.

opinião doutrinária quanto ao exame da fraude contra credores no âmbito dos embargos de terceiro.

A orientação tida por mais consentânea com o direito contemporâneo é a que julga necessário invocar a tutela jurisdicional através de ação autônoma para pleitear o reconhecimento da fraude contra credores, para se poder fazer imperar as suas conseqüências.

Em geral, argumenta-se ser notória a fraude contra credores, sendo clara a sua configuração, não haveria motivo para não decidi-la na ação de embargos de terceiro, logrando-se, com tal medida, economia e celeridade processual. Essa, talvez, tenha sido a principal causa da controvérsia a respeito nos tribunais, pois o magistrado —, muitas vezes impressionado pela evidência da fraude em processo em que figuram como partes o adquirente e o alienante executado na ação principal — deixa de seguir rigores técnicos para decidir conforme o caso concreto que se lhe apresenta. Como pondera Nelson NERY JÚNIOR, foi com base nos casos concretos levados à apreciação judicial — em que a fraude contra credores era evidente — que os tribunais passaram a admitir a sua apreciação nos embargos, para evitar, talvez, um desencadeamento interminável de processos.⁴⁶⁹ Em tal situação, os embargos de terceiro suspenderiam parcial ou totalmente a execução, e, por sua vez, também ficariam suspensos até o final processamento e trânsito em julgado da sentença da ação pauliana.

Sustenta-se haver apego exagerado ao formalismo ao não se admitir a apreciação da questão incidentalmente, nos casos em que a fraude contra credores é manifesta, especialmente considerando que haverá condenação em custas e honorários do credor embargado

Por outro lado, a cautela aconselha seja a questão resolvida em ação própria, adequada para esse fim, pois a anulação ou a decretação nos próprios embargos, da anulação ou da ineficácia relativa do negócio jurídico celebrado em

⁴⁶⁹NERY JÚNIOR, p. 90-99.

fraude contra credores, conforme seja o entendimento a respeito, poderá dar margem ao cometimento de abusos, com cerceamento ao direito de defesa do embargante.

É preciso considerar, também, a diferença entre a fraude contra credores e a fraude de execução, que se caracterizam por diferentes graus de gravidade. Daí não ser possível igualá-las no plano processual, em que as cautelas têm razão de existir.

A questão da apreciação da fraude contra credores nos embargos de terceiro foi detalhadamente analisada por Cândido Rangel DINAMARCO no aspecto da responsabilidade patrimonial e executiva. Conforme esse autor, a questão da apreciação ou não da fraude contra credores no âmbito dos embargos de terceiro somente pode ser esclarecida se elucidados alguns pontos, a saber: a) se a fraude contra credores implica a anulabilidade ou a ineficácia do ato; b) se é constitutiva ou declaratória a sentença que acolhe a pauliana; c) a distinção conceitual e funcional entre fraude contra credores e fraude de execução.⁴⁷⁰

A primeira e a terceira questões foram objeto de análise no capítulo anterior, quando do estudo da fraude. Relativamente ao caráter da ação pauliana, Cândido Rangel DINAMARCO argumenta que, de acordo com o Código Civil, para a responsabilidade incidir sobre o bem através da penhora é necessário haver a procedência do pedido da ação pauliana, sem o que não se pode fazer restabelecer sobre a coisa, a responsabilidade do alienante por suas dívidas. A ação pauliana, portanto, tem natureza constitutiva. E conclui:

[...] a fraude a credores não é suscetível de discussão nos embargos de terceiro, porque o negócio fraudulento é originariamente eficaz e só uma sentença constitutiva negativa é capaz de lhe retirar a eficácia prejudicial ao credor. Essa sentença de desconstituição é a que acolhe a chamada “ação pauliana” e, sem ou antes que ela seja dada, o bem não responde pela obrigação do vendedor e a penhora é indevida e ilegal. Os embargos opostos hão de ser acolhidos, desde que presentes os requisitos indispensáveis,⁴⁷¹ sem qualquer consideração a eventual fraude a credores perpetrada pelos contratantes.

⁴⁷⁰DINAMARCO, Fundamentos do processo civil moderno, p. 415-452.

⁴⁷¹DINAMARCO, Fundamentos do processo..., p. 415-452.

Não parece razoável igualar as duas modalidades de fraude, relativamente ao tratamento repressivo que cada uma requer, de modo a eliminar a diferença imposta pela disciplina legal. Devendo ser reprimida a fraude contra credores, que o seja de acordo com as cautelas processuais, evitando sejam cometidos abusos.

6.6.1 Fraude de execução

Na fraude de execução há, como já exposto, um interesse público violado pelo devedor. A alienação nessa modalidade é ineficaz apenas e tão-somente em relação ao autor da demanda, sendo válida entre o devedor alienante e o terceiro adquirente, logo não se cogita da nulidade dos atos alienativos ou onerativos que fraudam as execuções.

Indaga-se, então, se há ou não necessidade de ação própria a fim de que seja decretada a fraude de execução. Uma resposta negativa imperara, uníssona também na doutrina, justamente por tratar-se de um ato atentatório à dignidade da justiça, contrário à eficaz prestação jurisdicional, independente de qualquer desconstituição ou ação anulatória. A lei não requer a prova do elemento subjetivo da fraude — a intenção fraudulenta, o *consilium fraudis* —, conquanto seja por vezes criticável essa postura. A dispensa da prova do elemento subjetivo justifica e explica porque a fraude de execução pode ser argüida e decidida, ou declarada nos próprios autos da execução, bem como no âmbito dos embargos de terceiro, fazendo, nestes, coisa julgada.

Compete, pois, ao juiz da relação jurídica processual em que a fraude de execução foi alegada, decretá-la uma vez verificados os pressupostos de sua configuração. Presentes os requisitos legais, o juiz deve declarar a ineficácia do ato de disposição em relação ao credor exeqüente.

A fraude de execução pode ser argüida e decidida também em decorrência de petição nos autos da execução, não havendo fundamento para impedir o seu exame no âmbito mesmo dos embargos de terceiro, sendo competente para apreciá-los o juízo do próprio processo executivo. Não há, em face do exposto,

necessidade de ação específica para desconstituir o ato de disposição em fraude de execução.

6.6.2 Fraude contra credores: apreciação conforme a Lei de Falências

Ao contrário do que ocorre com a ação pauliana do Direito Civil, entendida como indispensável ao reconhecimento da fraude contra credores, na Lei de Falências não se faz necessária a propositura de uma demanda específica. Diante do que disciplinam os artigos 57 e 53, combinados, a fraude contra credores poderá ser alegada pelo síndico na contestação aos embargos de terceiro, independente da interposição de ação revocatória.

Não se pode deixar de registrar que a ação revocatória seria mais adequada para tal finalidade, diante do fato de ser necessária a produção de provas para a demonstração do *consilium fraudis*, o que pelas razões já expostas, é de certa forma incompatível com o procedimento dos embargos de terceiro.

CONCLUSÃO

As duas orientações acerca da tutela da posse do promitente comprador, consagradas nas Súmulas 621 do STF e 84 do STJ, bem demonstram que os enunciados das súmulas dos tribunais superiores devem ser objeto de revisão e reflexão, conforme as transformações sociais, econômicas, políticas, culturais e jurídicas, de modo que não ocorra a estagnação da ciência jurídica. A interpretação da norma diante das circunstâncias de cada caso concreto pode ser alterada em função das consequências sociais dos julgamentos, hipótese em que, por vezes, será mais justo e equânime se afastar de uma orientação já consagrada, como ocorreu no caso da tutela do promitente comprador.⁴⁷²

Para o promitente comprador, que não registrou o contrato de compromisso de compra e venda na matrícula do imóvel, junto ao cartório de registro competente, a posse do imóvel tem um papel fundamental na sua tutela da sua posição jurídica.

A posse do promitente comprador tem sentido enquanto poder de fato, como poder efetivo representado pelo aproveitamento da utilidade econômica do imóvel. É especialmente desse modo que ela suscita nos demais a aparência da titularidade do direito de propriedade, notadamente quando é exercida como posse própria, com *animus domini*, conforme consagra a teoria de Savigny.

A posse do promitente comprador somente poderá ser considerada como posse *ad usucapionem* a partir da quitação do preço estipulado. Excepcionalmente, caso tenha sido pactuado que na hipótese de inadimplemento do promitente

⁴⁷² Por essa razão são criticáveis propostas no sentido de que seja instituído o efeito vinculante, de modo que as decisões proferidas pelos tribunais superiores tenham caráter autoritário e impositivo em relação aos demais, muito embora se veja na súmula, atualmente, um instrumento para a diminuição do número de processos em tramitação nos tribunais superiores, notadamente quando não se admite a subida de recursos estando a decisão recorrida em consonância com a súmula de tribunal superior.

comprador, relativamente ao pagamento das prestações em que se divide o preço do imóvel, o promitente vendedor tiver a obrigação de executar o contrato, a posse também será entendida como posse própria, como de dono. Contudo, via de regra, enquanto não quitado o preço, haverá de se ter por caracterizado o desdobramento da relação possessória em posse direta para o promitente comprador e posse indireta para o promitente vendedor. Até porque, entender de modo contrário, caso o primeiro renuncie à tutela possessória, o segundo não terá como defender a posse do imóvel compromissado, cuja propriedade ainda lhe pertence por força do registro imobiliário.

Existente posse própria por parte do promitente comprador, com a quitação do preço, o promitente vendedor já não mais terá interesse jurídico na defesa da posse do imóvel, caso o promitente comprador renuncie à ela, pois já recebeu o preço pactuado. Havendo posse como de dono, oriunda do pagamento integral do preço, será perfeitamente possível ao promitente comprador invocar a tutela jurisdicional através dos embargos de terceiro, para eliminar a apreensão judicial da posse que se opere através da penhora, da arrecadação, depósito, seqüestro, arresto, alienação judicial, arrecadação, dentre outras, cuja causa esteja no inadimplemento do promitente vendedor em relação a terceiros, credores exequentes. O sucesso nessa demanda dependerá da demonstração da inexistência de qualquer modalidade de fraude por parte do promitente comprador.

O compromisso de compra e venda é contrato preliminar, através dele, as partes se vinculam à conclusão de um contrato próximo, que pode ser denominado de contrato prometido: é a escritura pública de compra e venda de imóvel. A recusa do promitente vendedor em outorgar a escritura pública de compra e venda dará ensejo à propositura de uma ação de adjudicação compulsória, cuja sentença, uma vez registrada na matrícula, perante o cartório de registro de imóveis, operará a transmissão do direito de propriedade.

O registro do contrato de compromisso de compra e venda perante o cartório imobiliário tem a finalidade dinâmica de divulgar o direito obrigacional,

para que terceiros possam tomar conhecimento da sua existência. Isso porque o registro imobiliário é formalmente o principal elemento indicador dos contratos que se desenvolvem em relação à propriedade imobiliária. O simples registro do contrato de compromisso, entretanto, não faz surgir um direito real. Ele não altera a natureza da relação jurídica entre o promitente vendedor e o comprador, que se mantém como vínculo obrigacional, apenas qualifica-a como uma obrigação com eficácia real ou com oponibilidade diante de terceiros.

Como obrigação com eficácia real, há uma maior proteção à pretensão pessoal do promitente comprador de obter a escritura pública de compra e venda, uma vez que a constituição de direitos outros pelo promitente vendedor, que com o seu sejam incompatíveis ou inconciliáveis, como a hipoteca, a anticrese, a compra e venda realizada em favor de terceiro, não terão eficácia em face do contrato de compromisso registrado. A finalidade do registro do contrato de compromisso de compra e venda é produzir efeitos em relação a terceiros.

Não obstante, o exercício da ação de adjudicação compulsória não deve ficar condicionado à existência de registro imobiliário do contrato de compromisso, se o imóvel ainda se encontra na titularidade do promitente vendedor. A adjudicação compulsória é ação de natureza pessoal, uma vez que o direito ao contrato definitivo decorre da obrigação de fazer, de celebrar o contrato definitivo pactuada no compromisso de compra e venda. Essa ação não visa a transferir o domínio, mas a suprir a declaração de vontade faltosa, que fora prometida no compromisso.

Com a apreensão judicial, especialmente com a penhora, hipótese mais freqüente na prática, o imóvel fica vinculado aos fins do processo executivo, o que, contudo, não importa na proibição de aliená-lo. A sua alienação é possível. Apenas não o livra da sua vinculação ao processo. Isso porque, com o produto da alienação, poderá o devedor quitar a dívida, com a extinção do processo de execução. Não pago o débito, todavia, haverá ineficácia do ato dispositivo do proprietário em relação ao bem penhorado.

O registro da penhora, por sua vez, não tem caráter constitutivo, sendo suficientes a apreensão e o depósito, com a lavratura do respectivo auto, mesmo após as recentes alterações introduzidas pela Lei 8.953/94. A questão registral da apreensão judicial deve ser considerada no plano do ônus da prova, quando ao credor exequente, que não tenha efetivado o seu registro, incumbirá demonstrar a possibilidade de conhecimento pelo adquirente (promitente comprador), da tramitação de um processo de execução contra o devedor (promitente vendedor) ou da existência da penhora, à época da celebração do compromisso ou da própria compra e venda.

Desse modo, o promitente comprador deverá ter reconhecida tutela à sua posição jurídica, ao demonstrar que não tinha como saber da existência do processo de execução em face do promitente vendedor ou da apreensão do imóvel, quando da pactuação do compromisso, nomeadamente se age de boa-fé.

Registrada a penhora, haverá presunção absoluta de que todos sabem da sujeição do imóvel compromissado ao processo executivo. Essa circunstância lhe confere eficácia diante de terceiros. Nem por isso a posse do promitente comprador sucumbirá em relação à penhora registrada, o que se poderia cogitar diante do que estabelece o princípio da prioridade registral. A posse do promitente comprador não cederá em face da penhora registrada, quando qualificável como posse própria, de boa-fé e justa.

A penhora, como ato de apreensão, importa o desapossamento jurídico do imóvel, que passa para o poder do tribunal ou do juízo, o qual possui através do depositário. Através da alteração da qualificação da relação possessória operada pela penhora, o credor não será prejudicado uma vez que o devedor renuncie à defesa possessória, que incumbirá ao depositário. Há, com a apreensão, uma reorganização no título da posse. Nomeando-se o devedor como depositário, altera-se o seu título, já que não mais possui como proprietário, pois fica sujeito ao controle do juízo.

Titular de posse própria quando da efetivação da penhora — mediante a apreensão e depósito do imóvel, com a lavratura do respectivo auto — não há como

negar a turbação ou o esbulho de sua posse do promitente comprador. Até porque, arrematado o imóvel, o comprador terá o direito de imitir-se na sua posse. Paralelamente, como a penhora altera a qualificação da relação possessória, passando o promitente comprador a possuir não mais como dono, mas a título de depositário, operando-se a sua turbação ou o seu esbulho.

Não havendo posse própria, face à falta de quitação do preço do compromisso e das circunstâncias pactuadas no contrato, o promitente comprador não poderá impedir a apreensão judicial, exceto se depositá-lo total ou parcialmente em juízo, e conseguir demonstrar a inexistência de qualquer modalidade de fraude.

A tutela da posse e dos direitos do promitente comprador tem como limite exatamente a fraude. É através da fraude que se visa frustrar a aplicação do princípio da responsabilidade patrimonial em relação aos bens do devedor (promitente vendedor), o que pode ocorrer com a participação, consciente ou não do promitente comprador, de que esse negócio jurídico tem a finalidade de lesar o credor exequente. Assim, embora a celebração do compromisso de compra e venda seja na prática um ato válido, em si mesmo considerado, porque elaborado conforme a lei, tendo sido realizado com o objetivo de prejudicar o credor, não haverá como deferir proteção à posição jurídica do promitente comprador.

Na fraude contra credores, o devedor (promitente vendedor) já insolvente ou na iminência de sê-lo pratica atos no sentido de diminuir o seu patrimônio, de modo a frustrar a garantia que ele representa para os credores. Nessa modalidade de fraude há necessidade de demonstração do *consilium fraudis*, ou a fraude bilateral, a consciência que o adquirente (promitente comprador) tem, de que com a alienação haverá um desequilíbrio patrimonial. Mas essa consciência por parte do adquirente também pode resultar de presunção, especificamente ao não tomar as cautelas indispensáveis para saber da situação econômico-financeira do alienante. O efeito do reconhecimento judicial da fraude contra credores é, segundo o Código Civil, a anulação do negócio fraudulento. Essa consequência da fraude pauliana é considerada tecnicamente inadequada pelos efeitos prejudiciais que pode ter em

relação aos direitos do promitente comprador, uma vez que importará em repor as partes no estado anterior ao ato fraudulento, com prejuízo para os direitos do compromissário. Essa circunstância de retorno ao *statu quo ante* não ocorre com a decretação da “ineficácia” do ato de alienação.

A fraude de execução se caracteriza por um ato de insubordinação à autoridade Estatal, quando pendente uma demanda, seja em processo de conhecimento, execução ou mesmo o cautelar, o réu tentar subtrair bens sobre os quais a execução poderá recair. Na fraude de execução se dispensa a prova do elemento subjetivo, porque o ato ou o negócio jurídico afronta a própria atividade jurisdicional. A desconsideração, porém, da boa-fé do terceiro adquirente em relação ao alienante executado, por vezes, pode ocasionar graves injustiças. Pode acontecer que, por mais diligente que seja o promitente comprador na obtenção de certidões relativas ao imóvel e ao promitente vendedor, não tenha como saber da existência de demanda pendente em face desse que possa levá-lo ao estado de insolvência.

Isso poderá se passar especialmente não estando registrada a penhora, quando poderá se estar prestigiando o exequente indolente em detrimento de terceiro de boa-fé. Pode perfeitamente ocorrer uma trama, uma simulação entre o promitente vendedor e o credor, no sentido de prejudicar o promitente comprador. Assim, embora celebrado o contrato e quitado o seu preço antes mesmo da pendência de processo executivo contra o promitente vendedor, o promitente comprador venha a ser prejudicado pela propositura da execução em face do promitente vendedor, com realização da penhora sobre o imóvel antes do registro do contrato.

A Lei de Registros Públicos e a Lei de Falências têm como fator determinante da configuração da nulidade ou da ineficácia da alienação de bens imóveis, respectivamente, a data do registro imobiliário do contrato de compromisso de compra e venda ou da escritura pública de compra e venda. Para esses dois diplomas legais é irrelevante a data da celebração do negócio jurídico, bem

como a sua quitação e a posse própria do adquirente. Esse aspecto é de fundamental importância na tutela da posse do promitente comprador.

Embora assim disciplinem, não é pelo fato de o contrato estar registrado que haverá de se ter por completamente descartada a possibilidade de fraude. Enquanto o pagamento total não se operar, não será de todo possível alegar a inexistência de fraude, especialmente se for possível comprovar a anterioridade da litispendência ou da situação de insuficiência patrimonial do promitente vendedor à época da pactuação do compromisso. Não estando pago o preço, poderá o promitente comprador, caracterizado o estado de insolvência do promitente vendedor entre a prenotação e o registro do contrato de compromisso, depositá-lo em juízo, com a citação dos interessados (artigo 535, parágrafo único do Código Civil).

Da mesma maneira, o compromisso poderá estar quitado antes da caracterização do estado de insolvência ou da propositura de uma demanda, embora ainda não esteja registrado. Nessa hipótese, nem por isso se poderá reputá-lo fraudulento. Não é a ausência do registro que deve fazer concluir pela existência de fraude.

São criticáveis a Lei de Registros Públicos e a Lei de Falências (artigos 215 e 52, inciso VII, respectivamente), quando desconsiderarem o elemento subjetivo, a boa-fé do promitente comprador titular de posse própria, ao preverem a nulidade e a ineficácia, respectivamente, do compromisso relativamente à massa falida e aos credores.

Não é o registro do contrato de compromisso que demonstra a inexistência de boa-fé do promitente comprador, seja no sentido subjetivo ou objetivo, em relação ao vendedor e a terceiros. Até porque, não se pode admitir uma fraude preordenada para o futuro, especialmente ao ser o contrato celebrado e o preço ser quitado em data muito anterior à constituição da obrigação da qual deriva a execução, ou da data da decretação da falência ou da insolvência civil do promitente vendedor. O registro imobiliário do contrato de compromisso de

compra e venda não deve ser considerado como o limite último para que a fraude se considere aperfeiçoada.

Haverá uma conduta até certo ponto desculpável do promitente comprador, quando ao se munir de todas as certidões negativas relativas ao imóvel e à pessoa do promitente vendedor, que lhe proporcionam confiança no contratar com o promitente vendedor, deixar de registrar o contrato de compromisso, seja em função de desconhecimento dessa obrigatoriedade, seja pela falta de qualquer requisito legal para que possa ser efetivado.

Nas hipóteses em que o síndico requer a arrecadação do imóvel compromissado com base na aplicação da Lei de Falências e de Registros Públicos — diplomas que exigem o registro do compromisso de compra e venda assim como a transcrição da escritura pública de compra e venda para que reste de todo afastada qualquer possibilidade de decretação de ineficácia ou da nulidade do negócio jurídico, respectivamente—, a posse própria do promitente comprador não tem sido considerada como elemento apto a embasar o pedido de embargos de terceiro, ainda que o contrato tenha sido celebrado e quitado em data anterior à decretação da falência ou ao período abrangido pelo termo legal.

Esse aspecto torna reprovável a disciplina da Lei de Falências e da Lei de Registros Públicos, ao ignorarem o valor da posse própria, aliada ao elemento “boa-fé” do promitente comprador, nomeadamente quando tenha agido conforme a conduta de todo homem médio, razoavelmente diligente, não lhe sendo exigível um proceder de extrema ou exagerada cautela, especialmente em relação à necessidade de registro do compromisso de compra e venda para que o mesmo possa subsistir íntegro em face da falência ou insolvência.

No que se refere à Lei de Registros Públicos, impõe-se repensar os termos da segunda parte do artigo 215, já que é perfeitamente possível inexistir publicidade quanto à situação pré-falencial do alienante. Por força desse dispositivo legal, compromissos de compra e venda válidos, celebrados anteriormente ou mesmo dentro do período compreendido pelo termo legal de falência, muito embora não

registrados, serão reputados ineficazes, ainda que tenham proporcionado vantagem econômico-patrimonial para o comerciante ou industrial em dificuldades.

Nesses casos os embargos de terceiro desempenham um papel relevante como instrumento jurídico processual de tutela do promitente comprador, ao ter o imóvel compromissado à venda judicialmente apreendido, penhorado em execução proposta contra o promitente vendedor, ou arrecadado pelo síndico no caso de falência ou insolvência civil, baseado no argumento de que o direito de propriedade ainda não lhe pertence.

Quando a apreensão judicial insere em processo alheio bens ou direitos da titularidade de terceiros, com invasão indevida em sua esfera patrimonial, caberá ao interessado invocar a tutela jurisdicional no sentido de impedi-la, obstaculizá-la, o que se faz possível através do mecanismo dos embargos de terceiro, que são interpostos perante o mesmo juiz que a determinou. Como dispositivo de proteção contra ato determinado por autoridade jurisdicional, os embargos de terceiro não têm natureza jurídica de ação possessória propriamente dita, justamente porque o seu alvo é o ato público e jurisdicional de apreensão. Não se defende, através desse instrumento processual, ato privado de assunção da posse. O objeto da lide nos embargos de terceiro é o ato judicial de apreensão que afeta o patrimônio de terceiro. Não se decide, no âmbito dessa demanda, acerca de direitos materiais que eventualmente cabem ao terceiro sobre a coisa. Basta ao autor provar a titularidade da posse ou da posse e da propriedade. Por isso que a coisa julgada não se opera senão em relação à definição de abrangência ou não do bem na execução. Logo, a posse, o domínio, ou o direito real ou obrigacional eventualmente discutidos não ficam sujeitos à imutabilidade da coisa julgada material.

Ao contrário do que ocorre no direito brasileiro, no direito lusitano os embargos de terceiro têm caráter eminentemente possessório. Por essa razão fazem coisa julgada quanto à posse, que não poderá ser discutida em outra demanda. Ainda que uma interpretação meramente literal ao parágrafo primeiro do artigo 1.046 do Código de Processo Civil permita pensar, no direito brasileiro, que eles têm o seu

cabimento limitado à tutela da posse ou da posse e da propriedade simultaneamente presentes, a interpretação contemporânea desse instrumento jurídico-processual deve ser no sentido de proteger não somente a posse, mas de estendê-la ao titular de direitos pessoais dotados de oponibilidade diante de terceiros. A disciplina legal dos embargos de terceiro na Lei de Falências tem esse sentido, notadamente quando no *caput* do artigo 79 admite a tutela de direitos. Caberá à jurisprudência conferir o elastério interpretativo a fim de outorgar ao artigo 1.046 do Código de Processo Civil a mesma amplitude do artigo 79 da Lei de Falências.

Nesse sentido, pode-se afirmar terem os embargos de terceiro uma função ambivalente, pois o seu manejo pode se fundamentar na propriedade conjugada com a posse, no direito pessoal dotado de oponibilidade diante de terceiros, ou unicamente na posse, para através deles se buscar liberação da apreensão em relação ao imóvel ou à coisa.

A finalidade contemporânea dos embargos de terceiro deve ser no sentido de excluir da apreensão judicial o bem jurídico (aí compreendidos os direitos pessoais, direitos reais, e direitos obrigacionais dotados de oponibilidade diante de terceiros) que integra o patrimônio de terceiro não responsabilizável pelo débito.

A posse para fundamentar os embargos de terceiro por parte do promitente comprador deve ser posse própria, *animus domini*. Isso porque a relação jurídica obrigacional que há entre ele e o promitente vendedor é no sentido de que ao final a posse e a propriedade se consolidem na sua pessoa. Sem a definitividade da posse, para o promitente comprador não haverá como invocá-la para fundamentar o pedido de liberação dos embargos de terceiro, diante da possibilidade de seu retorno à titularidade do promitente vendedor, por força da natureza do negócio jurídico que a origina.

É freqüente a alegação da exceção de domínio pelo exequente embargado ao terem os embargos de terceiro interpostos pelo promitente comprador fundamento na posse. Diversamente do direito lusitano, não há no direito brasileiro dispositivo legal que discipline a matéria no âmbito dessa ação. A controvérsia é

estimulada especialmente ao se considerar os embargos de terceiro como ação de natureza jurídica não possessória. Em tese, assim, seria possível ao embargado alegar o domínio do executado promitente vendedor. Admitir, como no direito português, a possibilidade de alegação do domínio do executado (promitente vendedor) pelo embargado (credor) teria como consequência a preponderância da propriedade sobre a posse do embargante (promitente comprador). O êxito dos embargos de terceiro dependeria então da propriedade do embargante (promitente comprador), o que confronta com a própria literalidade da disciplina legal dos embargos de terceiro, que admitem seja ele fundado na posse. Admitir a alegação da *exceptio domini* seria converter os embargos de terceiro em ação de domínio. Por outro lado, não há dispositivo legal que autorize ao embargado exeqüente suscitar o domínio do executado (promitente vendedor). Este também pode figurar no pólo passivo dos embargos como embargado, na qualidade de listisconsorte passivo do credor, especialmente se foi ele quem nomeou o imóvel compromissado à penhora. Derradeiramente, quando interpostos com alicerce na posse, deverão ser aplicados, por analogia, os princípios que regem a tutela possessória, especificamente os da incompatibilidade do petitório com o possessório.

Diversamente da posse do promitente comprador, as posses do locatário, do comodatário, do usufrutuário, não têm o destino último de se consolidarem definitivamente nas suas pessoas. Haja vista que jamais terão, enquanto tais, a posse com a intenção de donos do imóvel, em face do desdobramento da relação possessória em posse direta e indireta. A relação jurídica obrigacional que os envolve não permite sejam tidos como possuidores próprios, o que não significa não possam fazer uso dos embargos de terceiro ao serem turbados ou esbulhados em suas posses diante de determinação jurisdicional. É justamente o efetivo exercício de poderes sobre o imóvel, que se dá através da relação jurídica obrigacional ou o direito real, que lhes confere legitimidade para embargar. Essa legitimidade está na relevância de seus interesses na conservação desses poderes, pois têm um interesse

próprio em permanecer na posse do imóvel enquanto durar a locação, o comodato, o usufruto.

Enquanto é pacífica a possibilidade do exame da fraude de execução, a questão do exame da fraude contra credores no âmbito dos embargos de terceiro é objeto de ampla polêmica doutrinária e jurisprudencial. Tem-se, apesar disso, por inapropriado, o exame da questão da fraude contra credores no âmbito dos embargos de terceiro, uma vez que a sentença nessa ação não é apta a desconstituir o título do embargante. Do contrário haverá violação ao princípio da segurança, estabilidade e do devido processo legal, uma vez que há instrumento jurídico processual adequado para tal finalidade. Há incompatibilidade com o rito procedimental dos embargos de terceiro, especialmente diante da formação de litisconsórcio passivo necessário unitário, o que não ocorre imperiosamente nos embargos de terceiro. Admitir o exame da fraude contra credores nos embargos de terceiro poderia permitir o cometimento de abusos com cerceamento de defesa do embargante. Não há como igualar, no plano processual, a fraude de execução com a fraude contra credores, se elas se caracterizam por diferentes graus de gravidade, cada qual com procedimento próprio.

Mesmo que haja a necessidade de ação pauliana, própria e específica para o reconhecimento da fraude contra credores, não sendo admissível reconhecê-la no âmbito dos embargos de terceiro tal como estão disciplinados no Código de Processo Civil, há na Lei de Falências uma exceção, um dispositivo legal (artigo 57) que permite expressamente a alegação dessa modalidade de fraude pelo síndico na contestação aos embargos de terceiro e seu exame pelo juiz.

O estudo dos limites e possibilidades de tutela do promitente comprador através dos embargos de terceiro, com análise das súmulas 621 do STF e 84 do STJ demonstrou que a posse própria — *animus domini* — e efetiva do imóvel, apresenta-se como poder de fato e do ponto de vista anatômico como uma forma de publicidade por excelência. Essa posse como de dono desempenha uma função social autônoma, de valor próprio e inconfundível, se comparada com a publicidade

registral. Até mesmo porquê é impossível estabelecer se a propriedade cumpre com a sua função social sem considerá-la em relação com a posse, enquanto poder de fato e de direito.

As circunstâncias que envolvem cada caso concreto devem ser muito bem ponderadas pelo magistrado, quando do julgamento dos embargos de terceiro interpostos pelo promitente comprador. Se através dessa ação se pretende a liberação da apreensão judicial decorrente da pretensão manifestada pelos credores do promitente vendedor, que com base no direito de propriedade buscam a satisfação do débito, deverá o magistrado avaliá-la em relação à posse justa, própria e de boa-fé do promitente comprador.

Para tanto, haverá o julgador de valorar a posse efetiva do promitente comprador, em contraposição à necessidade do registro do contrato de compromisso de compra e venda. Ausente qualquer modalidade de fraude, presente a posse própria, haverá que se respeitar o pactuado no compromisso, ainda que inexistente o registro imobiliário do contrato, especialmente em relação à disciplina da Lei de Falências e de Registros Públicos, sob pena de cometer grave injustiça.

Ademais, sem justiça não se terá o verdadeiro Direito, cujo conteúdo se torna um nada social se for esvaziado de valores e da história que o contextualiza.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 ALBUQUERQUE, Magnus Augustus Cavalcanti de. A compra e venda de bens penhorados. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 76, n. 620, p. 259-261, jun. 1987.
- 2 ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch**. 104. ed. München : C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995.
- 3 ALFONSIN, Jacques Távora. Sistema de propriedade e reforma urbana. **Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 94-101, jul./set. 1987.
- 4 ÁLVARES, Walter T. **Curso de direito falimentar**. 7. ed. São Paulo : Sugestões Literárias, 1979.
- 5 ALVES, José Carlos Moreira. **Posse**. Rio de Janeiro : Forense, 1985. v. 1.
- 6 _____. _____. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991. v. 2, t. 1.
- 7 ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda. Ação revocatória : interpretação do art. 52 da Lei de Falências. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 253-258, jul./set. 1983.
- 8 ALVIM, Arruda; PINTO, Thereza Arruda Alvim. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. v. 2, Processo de conhecimento.
- 9 AMBRA, Luiz. **Dos embargos de terceiro**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1971.
- 10 ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica: sujeitos e objecto**. Coimbra : Almedina, 1992, v. 1.
- 11 _____. **Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico**. Coimbra : Almedina, 1992, v. 2.
- 12 ARMELIN, Donaldo. **Embargos de terceiro**. São Paulo, 1981. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- 13 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil : reais**. 5. ed. Coimbra : Coimbra, 1993.

- 14 ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito** : introdução e teoria geral. 3. ed. Lisboa : Calouste-Gulbenkian, 1983.
- 15 _____. Expectativa jurídica. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo : Saraiva, 1977. v. 35, p. 278-279.
- 16 ASSIS, Araken de. Fraude à execução e legitimidade do terceiro hipotecante. **Direito & Justiça** [Revista da Faculdade de Direito da PUC-RS], Porto Alegre, v. 13/14, n. 15, p. 17-35, 1991-1992.
- 17 _____. **Manual do processo de execução**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- 18 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico** : existência, validade e eficácia. São Paulo : Saraiva, 1974.
- 19 AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Da penhora**. Osasco : FIEO, 1994.
- 20 AZEVEDO, Renan Falcão de. **Posse** : efeitos e proteção. Caxias do Sul : EDUCS, 1993.
- 21 AZEVEDO JUNIOR, José Osório de. **Compromisso de compra e venda**. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1992.
- 22 _____. A súmula 621 do STF e o imóvel loteado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 75, n. 611, p. 276-279, set. 1986.
- 23 BARROS, Hamilton de Moraes e. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1985. v. 9.
- 24 BESSONE, Darcy. **Da compra e venda** : promessa & reserva de domínio. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1988.
- 25 _____. **Direitos reais**. São Paulo : Saraiva, 1988.
- 26 _____. **Da posse**. São Paulo : Saraiva, 1996.
- 27 BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1956. v. 1.
- 28 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Ação pauliana e embargos de terceiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 73, n. 581, p. 25-34, mar. 1984.
- 29 BRASIL. Câmara Brasileira de Indústria da Construção. **Cópia de minuta de contrato de promessa de compra e venda de imóvel**. Circular 105/95. Brasília, 27 jul. 1995. 16p.
- 30 _____. **Código Penal**. 26. ed. São Paulo : Saraiva, 1988.

- 31 BRASIL. **Código Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- 32 _____. **Código de Processo Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- 33 _____. Decreto nº 3079, de 15 de setembro de 1938. Regulamenta o Decreto-lei nº 58 de 10 de dezembro de 1937 que dispõe sobre o loteamento e venda de terrenos para pagamento em prestações. **Lex**, São Paulo, v. 2, p. 399-407, 1938.
- 34 _____. Decreto-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937. Dispõe sobre o loteamento e venda de terrenos para pagamento em prestações. **Lex**, São Paulo, v. 1, p. 345-350, 1937.
- 35 _____. Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do artigo 66 da Lei 4728 de 14 de julho de 1966, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. **Lex**, v. 33, p. 1406-1408, jul./out. 1969.
- 36 _____. Decreto-lei nº 7661, de 21 de junho de 1945. Dispõe sobre as falências ou quebras. In: NEGRÃO, Theotonio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- 37 _____. Lei nº 4591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e incorporações imobiliárias. **Lex**, São Paulo, v. 28, p. 1367-1383, 1964.
- 38 _____. Lei nº 4728, de 14 de julho de 1965. In: BRASIL. **Código de processo civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 300-301.
- 39 _____. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Lex**, São Paulo, v. 37, p. 9-169, 1973.
- 40 _____. Lei nº 6015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. **Lex**, São Paulo, v. 38, p. 1998-2064, 1973.
- 41 _____. Lei nº 6766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. In: BRASIL. **Código de processo civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 418-421.
- 42 _____. Lei nº 8245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações de imóveis urbanos e os procedimentos a eles pertinentes. **Lex**, São Paulo, v. 55, p. 660-678, 1991.
- 43 _____. Lei nº 8943, de 13 de dezembro de 1994. Altera os dispositivos do Código de Processo Civil relativos ao processo de execução. **Lex**, São Paulo, v. 58, p. 1646-1649, 1994.

- 44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Processual civil. Fraude contra credores. Embargos de terceiro. Ação pauliana. Recurso especial nº. 24311 RJ. Banco Bradesco e Marco Antonio Elias Cury. Relator: Ministro Claudio Santos. 8 fev. 1993. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 11, p. 201, jun. 1993.
- 45 _____. _____. Embargos de terceiro. Fraude contra credores em sede de embargos de terceiro. Recurso especial nº. 58343-8 RS. Boira Assessoria Aduaneira e Aluisio M.B. Saggin e Comp. Ltda. Relator: Ministro Costa Leite. 13 mar. 1995. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 11, p. 174, jun. 1995.
- 46 _____. _____. Embargos de terceiro. Contrato de compra e venda e cessão... Recurso especial nº.696-0 RS. Normélio Knaack e Aparício Trindade. Relator: Ministro Fontes de Alencar. 17 out. 1989. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 5, n. 49, p. 358-373, set. 1993.
- 47 _____. _____. Embargos de terceiro. Escritura pública de compra e venda não registrada. Recurso especial nº.9.448-0 SP. Fazenda do Estado de São Paulo e Maria de Lourdes Barbarini. Relator: Ministro Antonio de Padua Ribeiro. 31 mar. 1993. **Revista de Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 5, n. 49, p. 389-392, set. 1993.
- 48 _____. _____. Embargos de terceiro possuidor, opostos por promitente comprador ante penhora do imóvel prometido comprar. Recurso especial nº. 1.172-0 SP. Antonio Bernardes de Oliveira Filho e Augusto Auricchio. Relator: Ministro Athos Carneiro. 13 fev. 1990. **Revista de Superior Tribunal da Justiça**, Brasília, v. 5, n. 49, p. 376-383, set. 1993.
- 49 _____. _____. Embargos de terceiro possuidor, opostos por promitente comprador ante penhora do imóvel prometido comprar. Recurso especial nº. 1.310 SP. Yoshio Maruyama e Banco Mercantil de São Paulo. Relator: Athos Carneiro. 29 nov. 1989. **Revista de Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 2, n. 11, p. 299-306, jul. 1990.
- 50 _____. _____. Embargos de terceiro. Promessa de compra e venda não registrada. Recurso especial nº. 866-0 RS. Normélio Knaack e Jairo Schumann. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. 10 out. 1989. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 5, n. 49, p. 373-375, set. 1993.
- 51 _____. _____. Embargos de terceiro. Promessa de compra e venda não registrada. Recurso especial nº. 2.286-0 SP. Banco do Brasil S.A. e Diva Garcia Artacho Jurado. Relator: Ministro Claudio Santos. 17 abr. 1990. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v.5, n. 49, p. 383-386, set. 1993.

- 52 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Fraude à execução. Boa fé. Prova de insolvência. Recurso especial nº. 32.890-5 SP. Gonçalves Ascelino do Nascimento e Construtora Oxford. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. 14 de nov. 1994. **Repertório IOB de Jurisprudência**, n. 3, p. 43, fev. 1995.
- 53 _____. _____. Posse imobiliária. Constrição executória. Embargos de terceiro. Recurso especial nº. 226-0 SP. Banco Brasileiro de Descontos S/A e Vivaldo Curi. Relator: Ministro Gueiros Leite. 12 set. 1989. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 5, n. 49, p. 299-330, set. 1993.
- 54 _____. _____. Processual. Embargos de terceiro, promessa de venda quitada. Recurso especial nº. 8.598-0 SP. Antonio Francisco Macena e Jormag Empreendimentos Imobiliários Ltda. Relator: Ministro Dias Trindade. 8 abr. 1991. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 5, n. 49, p. 386-389, set. 1993.
- 55 _____. _____. Processual civil. Embargos de terceiro. Recurso especial nº. 188 PR. Dall'oglio Scanagatta e Cia. Ltda. e Vilson Fabris. Relator: Ministro Bueno de Souza. 8 ago. 1989. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 5, n. 49, p. 337-349, set. 1993.
- 56 _____. _____. Processual civil. Embargos de terceiro. Recurso especial nº. 573-0 SP. Banco Real S.A. e Carlos Roberto Olivi. Relator: Ministro Bueno de Souza. 8 maio 1990. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 5, n. 49, p. 330-336, set. 1993.
- 57 _____. _____. Processual civil. Embargos de terceiro. Contrato de promessa de compra e venda... Recurso especial nº. 662-0 RS. Normélio Knaack e Almirante Guimar de Vargas. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. 14 out. 1989. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 5, n. 49, p. 352-357, set. 1993.
- 58 _____. _____. Usucapião ordinário. Promessa de compra e venda. Justo título. Conceito. Recurso especial nº 32.972 SP. Carlos Charnaux e Clodoaldo Cajé de Oliveira. Relator: Ministro Nilson Chaves. 19 mar. 1996. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 14, p. 242, jul. 1996.
- 59 _____. _____. A Venda do imóvel não transcrito é ato ineficaz contra a massa. Agravo nº. 1.498. Banco da Prefeitura do Distrito Federal S.A. e Aloísio César Fernandes. Relator: Desembargador Bulhões de Carvalho. 29 maio 1951. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 148, p. 214-215, jul./ago. 1953.
- 60 _____. Supremo Tribunal Federal. Ação de adjudicação compulsória... Recurso extraordinário nº. 89.864 RJ. José Contreiras Leão e Dormar Maia Peixoto Vianna. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. 15 set. 1978. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 88, p. 361-363, abr. 1979.

- 61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação executiva. Penhora de bem vendido por um dos executados a terceiro que, embora na posse da escritura definitiva de compra e venda não fizera a sua transcrição. Recurso extraordinário nº 71.162 GB. João Pinto de Miranda e Manoel Pereira da Silva. Relator: Ministro Amaral Santos. 12 out. 1971. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v.60, p.494-496, maio 1972.
- 62 _____. _____. Embargos de terceiro. Arresto de apartamento em virtude de liquidação extrajudicial de empresa de que fora administrador o promitente cedente do imóvel... Recurso extraordinário nº 93.443 RJ. Oscar de Andrade Alter e CREDENCE S.A. Crédito ,Financiamento e Investimentos, representada pela Curadoria de Massas. Relator: Ministro Neri da Silveira. 20 out. 1981. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 100, p. 835-841, maio 1982.
- 63 _____. _____. Embargos de terceiro. Art. 1046 § 1º do CPC. Recurso extraordinário nº 94.116 MG. Joaquim Cardoso e Ronaldo Lisboa Haddad. Relator: Ministro Aldir Passarinho. 8 fev. 1983. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 106, p. 228-232, out. 1983.
- 64 _____. _____. Embargos de terceiro. Cessionários de direito de um apartamento penhorado em processo de execução... Recurso extraordinário nº. 107.908-8 SC. Vanir Tiscoski e Antonio Alberto Bezerra. Relator: Ministro Neri da Silveira. 3 abr. 1989. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 22, p. 434, nov. 1994.
- 65 _____. _____. Embargos de terceiro. Compromisso de compra e venda não registrado... Dissídio jurisprudencial não comprovado. Recurso extraordinário nº 88.685 SP. Rubens Pereira e José Francisco Nogueira. Relator: Ministro Cunha Peixoto. 14 mar. 1978. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 92, p. 818- 820, maio 1980.
- 66 _____. _____. Embargos de terceiro. Não pode ser desconstituída penhora de imóvel objeto de promessa de cessão de direitos não oponível a terceiros; com base apenas na posse do promitente cessionário. Recurso extraordinário nº 103.121 SP. Banco do Brasil S.A. e Haigazum Kassardjian. 24 ago. 1984. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 112, p. 890- 896, maio 1985.
- 67 _____. _____. Embargos de terceiro. Para desconstituição de penhora de imóvel, não serve promessa de venda que, ao tempo da constrição não se encontrava inscrito no Registro de Imóveis. Recurso extraordinário nº 94.132 RJ. Hemisul S.A. Crédito, Financiamento e Investimentos e Cyro Eckhardt Eloy. Relator: Ministro Décio Miranda. 30 ago. 1983. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 107, p.686- 689, fev. 1984.

- 68 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de terceiro. Prescrição aquisitiva, à vista de compromisso de compra e venda quitado de mais de vinte anos, a par da posse pacífica... Agravo de instrumento nº. 117.842-6 SP. Amin Buainain e Clube Atlético Ypiranga. Relator: Ministro Djaci Falcão. 14 ago. 1987. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 122, p. 1214-1215, dez. 1987.
- 69 _____. _____. Embargos de terceiro. A promessa de compra e venda de imóvel não loteado só se torna oponível *erga omnes* com sua inscrição no Registro de Imóveis. Não pode ser desconstituído da penhora de imóvel objeto de promessa de compra e venda, se esta ainda que celebrada anteriormente à penhora, não estiver inscrita. Precedentes do Plenário ao Supremo Tribunal Federal (ERE 87.958). Embargos de divergência conhecidos e recebidos. Banco Brasileiro de Descontos S.A. e Motel Fiszpan. Embargos no Recurso Extraordinário nº 89.696-RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. 8 ago. 1979. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 95, p. 282-284, jan. 1981.
- 70 _____. _____. Embargos de terceiro. A promessa de compra e venda de imóvel não loteado e a sua cessão só se tornam oponíveis a terceiro após a inscrição. Recurso extraordinário nº 97.243 RJ. Elza Maranhão Rodrigues e Banco de Investimento BCN S.A. Relator: Ministro Djaci Falcão. 35 maio 1984. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 110, p. 711-715, nov. 1984.
- 71 _____. _____. Embargos de terceiro. Promitente comprador. Execução contra promitente vendedor. Fraude à execução não comprovada... Agravo de instrumento nº 84.064 (AgRg) SP. Banco Bamerindus de Investimento S.A. e Mauro Roberto Nava. Relator: Ministro Néri da Silveira. 10 nov. 1981. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 100, p. 215-217, abr. 1982.
- 72 _____. _____. Embargos de terceiro. O promitente comprador já emitido na posse do imóvel está legitimado a opor embargos de terceiro, ut art. 1046, do CPC. Acórdão que assenta em dois fundamentos suficientes sendo atacado, no recurso extraordinário apenas um deles. Aplicação da súmula 283. Recurso extraordinário não conhecido. Recurso extraordinário nº 100.163 CE. Banco da Amazônia S.A. e EBRAL-Empresa Brasileira de Lançamentos. Relator: Ministro Néri da Silveira. 12 jun. 1984. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 123, p. 1070-1073, mar. 1980.
- 73 _____. _____. Penhor averbado do mesmo imóvel não obsta o êxito dos embargos. Recurso extraordinário nº 82.692 RJ. João Luiz Bittencourt e Laurenio Manuel Vieira Mendes. Relator: Ministro Thompson Flores. 2 abr. 1976. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 81, p. 852-854, set. 1977.

- 74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de terceiro com base em contrato de compra e venda que só veio a objeto de prenotação meses após o registro da penhora. Recurso extraordinário nº 101.546 SP. Banco Bandeirantes S.A. e Dun & Bradstreet Informações Comerciais Ltda. Relator: Ministro Moreira Alves. 13 mar. 1984. **Revista trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 111, p. 425- 429, jan. 1985.
- 75 _____. _____. Embargos de terceiro de possuidor. Promessa de compra e venda não inscrita. Penhora de bem compromissado. Recurso extraordinário nº 95.422 PR. Banco do Brasil S.A. e Cleocyrr José de Araújo Monteiro. Relator: Ministro Rafael Mayer. 2 fev. 1982. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v.101, p. 1305- 1307, set. 1982.
- 76 _____. _____. Embargos de terceiro em execução de ação de despejo. Sua admissibilidade no cargo vertente. Tendências da jurisprudência. Recurso extraordinário conhecido, a que se negou provimento. Recurso extraordinário nº 62.196 SP. Jomar S.A. Comercial e Administradora e Serraria Comercial Santos Ltda. Relator: Ministro Adalício Nogueira. 25 abr. 1967. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 41, p. 298-299, jul. 1967.
- 77 _____. _____. Embargos de terceiro para a desconstituição de penhora. Recurso extraordinário nº 92.743 SP. Cláudio de Souza Novaes e Dilma Maria Zenke e outros, Nicolau Geraldo e outros e Artênio Teodoro e outros. Relator: Ministro Moreira Alves. 5 ago. 1980. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 102, p. 232-236, out. 1982.
- 78 _____. _____. Embargos de terceiro para a desconstituição da penhora. Falta de legitimidade ativa. Carência. Recurso extraordinário nº 91.814 RN. Banco do Nordeste do Brasil S.A. e Leodécio Fernandes Nêo. Relator: Ministro Moreira Alves. 30 nov. 1979. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 96, p. 1358-1361, jun. 1981.
- 79 _____. _____. Embargos de terceiro senhor e possuidor. Sua procedência nos termos do art. 1046 do Código de Processo Civil. A falta de registro da promessa de compra e venda não obsta a procedência dos embargos eis que, para se opor ao ato de penhora, basta a qualidade de mero possuidor. Recurso extraordinário nº 87.958 RJ. Shell Brasil S.A. e Geraldo Evangelista Fortes. Relator: Ministro Cunha Peixoto. 24 nov. 1977. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 91, p. 257-258, jan. 1980.
- 80 _____. _____. Fraude contra credores. Possibilidade de ser reconhecida em embargos de terceiro... Recurso extraordinário nº. 90.934 RJ. Emílio Alves Odebrecht e Banco Mercantil de São Paulo S.A. Relator: Soares Muñoz. 15 maio 1979. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 261-273, jul./set. 1980.

- 81 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo civil. Promessa de compra e venda de imóvel sem inscrição do título no registro não é oponível a terceiros. Recurso extraordinário nº 97.257 SP. FINASA. Crédito, Financiamento e Investimentos S.A. e Iracy Teixeira Costa. Relator: Ministro Alfredo Buzaid. 9 fev. 1983. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 11, p. 354-363, jan. 1985.
- 82 _____. _____. Promessa de compra e venda. Adjudicação compulsória. Lei de falências... Recurso extraordinário nº 87.111 RJ. Luiz dos Reis e massa falida de Bersam Comercial. Relator: Ministro Rafael Mayer. 22 abr. 1980. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 94, p. 689-691, nov. 1980.
- 83 _____. _____. Promessa de compra e venda. Nulidade. Rescisão. Reivindicação. Usucapião. Recurso extraordinário nº 91.793 MG. Maria Eulália Ramos e Helena Maria Junqueira Reis. Relator: Ministro Moreira Alves. 8 abr. 1980. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 97, nº 796-808, ago. 1981.
- 84 _____. _____. Promessa de compra e venda. Sem a formalidade essencial da inscrição no registro público, não se tornando oponível a terceiros. O registro é que lhe atribui eficácia *erga omnes*. Recurso extraordinário nº 73.527 PE. Sisenando Leite Macedo e F. Conte S.A. Indústria e Comércio. Relator: Ministro Djaci Falcão. 16 mar. 1972. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v.63, p. 222-223, jan. 1973.
- 85 _____. _____. Promessa de compra e venda de imóvel sem a formalidade essencial da inscrição no Registro Público, não se torna oponível a terceiros. O registro é que lhe atribui eficácia *erga omnes*. Embargos no Recurso extraordinário nº 87.958 RJ. Shell Brasil S.A. e Geraldo Evangelista Fortes. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. 17 nov. 1978. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 89, p. 285-292, jul. 1979.
- 86 _____. _____. Promessa de compra e venda de imóvel, sem a formalidade essencial da inscrição no Registro Público, não se torna oponível a terceiros. O registro é que lhe atribui eficácia *erga omnes*. Recurso extraordinário nº 93.742 RS. Abraão Pedro Lima e Genésio de Souza Vitoreti. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. 13 fev. 1981. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v.97, p. 1392, set. 1981.
- 87 _____. _____. Súmula nº 84. Corte especial. 18 jun. 1993. **Diário da Justiça**, Brasília, p. 13.283. 2 jul. 1993.
- 88 _____. _____. Súmula nº 621. In: FERREIRA, José Nunes. **Supremo Tribunal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

- 89 BYKOFF, George. O artigo 215 da lei de registros públicos se aplica à ação revocatória? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 207-211, abr./jun. 1985.
- 90 CAHALI, Yussef Said. **Fraudes contra credores...** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989.
- 91 CALIXTO, Negi. Embargos de terceiro oferecidos por promitente comprador. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 9, n. 26, p. 72-88, 1990.
- 92 CAMBLER, Everaldo. Fraude de execução. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 157-161, abr./jun. 1990.
- 93 CAMPINAS. Tribunal Regional do Trabalho. 15.Reg. Prova. Embargos de terceiro. Propriedade e /ou posse dos bens judicialmente constritos e qualidade de terceiro... Apelação nº 04680/94-6. Empreiteira C.J. Rincão S/C Ltda. e Terezinha de Lima Bernardino. Relator: Luís Carlos Candido Martins Sotero da Silva. 16 jan. 1996. **Revista LTr.**, São Paulo, v. 60, n. 5, p. 703-704, maio 1966.
- 94 CARVALHO, Afrânio de. **Registro de Imóveis**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1977.
- 95 CASTILHOS, Othelo Dilon. Embargos de terceiro... **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 72, n. 567, p. 260-271, jan. 1983.
- 96 CASTRO, Artur Anselmo de. **A ação executiva singular, comum e especial**. 2. ed. Coimbra : Coimbra, 1973.
- 97 CENEVIVA, Walter. **Lei de registros públicos comentada**. São Paulo : Saraiva, 1982.
- 98 CHAVES, Antonio. **Tratado de direito civil**. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982. v. 1, t. 2, Parte geral.
- 99 _____. **Tratado de direito civil : direito das obrigações**. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1984. v. 2, t. 1, Direito das obrigações.
- 100 _____. **Tratado de direito civil**. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1984. v. 2, t. 2, Direito das obrigações.
- 101 CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra : Almedina, 1984. v. 1.
- 102 _____. **Direitos reais**. Lisboa : Lex, 1993.

- 103 CORRÊA, Luiz Fabiano. **Aparência de direito em matéria patrimonial** : esboço de uma teoria geral da proteção dispensada pelo direito privado brasileiro à confiança na aparência de direito, em matéria patrimonial. São Paulo, 1989. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.
- 104 CORRÊA, Orlando de Assis. **Posse e ações possessórias** : teoria e prática. 5. ed. Rio de Janeiro : Aide, 1990.
- 105 COSTA, Mário Júlio de Almeida. Contrato-promessa : uma síntese do regime actual. Separata de: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, v. 50, n. 1, p. 51, abr. 1990.
- 106 _____. **Noções de direito civil**. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1991.
- 107 _____. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra : Coimbra, 1984.
- 108 COVELLO, Sérgio Carlos. **A presunção em matéria civil**. São Paulo : Saraiva, 1983.
- 109 CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Adjudicação compulsória**. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- 110 CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Embargos de terceiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 11, a. 44, p. 248-263, out./dez. 1986.
- 111 DELGADO, Abel Pereira. **Do contrato-promessa**. Lisboa : Jornal do Fundão, [19-].
- 112 DIAS, Maria Berenice. Fraude à execução : algumas questões controvertidas. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 17, n. 50, p. 72-81, nov. 1990.
- 113 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Da fraude à execução. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 81, n. 290, p. 67-80, abr./jun. 1985.
- 114 _____. Fraude de execução : ausência de registro da penhora; alienações posteriores. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 221-229, abr./jun. 1985.
- 115 DIÉZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**. 5. ed. Madrid : Tecnos, 1990. v. 3: Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral.
- 116 DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Embargos de terceiro**. Rio de Janeiro : Aide, 1992.

- 117 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.
- 118 _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986.
- 119 DINIZ, Maria Helena. Simulação absoluta. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de direito. São Paulo : Saraiva, 1977. v. 69, p. 106-107.
- 120 _____. **Sistemas de registros de imóveis**. São Paulo : Saraiva, 1992.
- 121 EHLERS, Edel Elga Kick; GUNTER Ehlers. **Dicionário alemão-português de economia e direito**. São Paulo : E.H. K. Ehlers, 1981. Tradução de: Deutsch-portugiesisches Wörterbuch für Wirtschaft und Recht.
- 122 ERPEN, Décio Antônio. A declaração da fraude à execução. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 81, n. 675, p. 17-20, jan. 1992.
- 123 _____. A fraude à execução e a publicidade registral. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 10, n. 28, p. 58-71, jul. 1983.
- 124 ERPEN, Décio Antônio. A fraude à execução e a nova lei das escrituras públicas : lei nº 7.433, de 19 de dezembro de 1985. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 14, n. 40, p. 26-38, jul. 1987.
- 125 _____. A fraude à execução e a nova lei das escrituras públicas : Lei nº. 7.433, de 19.12.1985. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 84, n. 302, p. 271-277, abr./jun. 88.
- 126 _____. A fraude à execução e o desprestígio da função jurisdicional. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 18, a. 53, p. 5-20, nov. 1991.
- 127 FACHIN, Luiz Edson. Reivindicação. Posse Justa. Admissibilidade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 9. n. 35, p. 277-283, abr./jun. 1984. Comentário a acórdão.
- 128 _____. Da propriedade como conceito jurídico. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n. 11, p. 145-189, 1988.
- 129 _____. **A função social da posse e a propriedade contemporânea : uma perspectiva da usucapião imobiliária rural**. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1988.
- 130 _____. **Intervenção de terceiros no processo civil**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989.

- 131 FACHIN, Luiz Edson. O regime jurídico da propriedade no Brasil contemporâneo e o desenvolvimento econômico-social. Separata de: **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n. 21, p. 189-198, 1993.
- 132 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário eletrônico Aurélio**. 2. ed. integral no Novo Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, [199-]. 1 CDROM.
- 133 FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; Paulo Ricardo Schier. O conceito de justo título para efeito de usucapião no direito brasileiro. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, n. 24, p. 185-200, 1995.
- 134 FERREIRA, Geraldo Sobral. Promessa bilateral de venda e compromisso de compra e venda. **Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 141, jan./mar. 1979.
- 135 FERREIRA, José Nunes. **Súmulas do Supremo Tribunal Federal** : atualizadas e anotadas. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1992.
- 136 FONSECA, Antônio César. A proteção possessória. **Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 7-15, out./dez. 1993.
- 137 FRAGA, Álvaro Moreira Carlos. **Direitos reais**. Coimbra : Almedina, 1970-1971. Segundo as preleções do Prof. Doutor Carlos Alberto da Mota Pinto ao 4º Ano Jurídico de 1970-71.
- 138 FRANÇA, R. Limongi. Direito adquirido e expectativas de direito. In: **ENCICLOPÉDIA Saraiva de direito**. São Paulo : Saraiva, 1977. v. 69, p. 153-156.
- 139 FRANCESCHINI, José Gaspar Gonzaga. Ação pauliana... **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 254-160, out./dez. 1980. Comentário a acórdão.
- 140 FREITAS, José Lebre de. **A acção executiva**. Coimbra : Coimbra, 1993.
- 141 _____. A penhora de bens na posse de terceiros. **Revista da Ordem dos Advogados de Portugal**, v. 2, p. 313, 1992.
- 142 GOIÂNIA. Tribunal Regional do Trabalho. 18.Reg. Embargos de terceiro. O terceiro possuidor, cujo título constitutivo da posse decorre da celebração do contrato de comodato, detém interesse processual em interpor embargos de terceiro... Agravo de Petição nº 129/94. Consórcio Rodoviário Intermunicipal e Heloíno Pereira Prado. Relator: Juiz Luiz Francisco Guedes de Amorim. 30 maio 1995. **Revista LTr.**, São Paulo, v. 60, n. 1, p. 110, jan. 1966.

- 143 GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
- 144 _____. **Obrigações**. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1988.
- 145 _____. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1967.
- 146 GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito econômico**. São Paulo : Saraiva, 1977.
- 147 GONDIM NETO, Joaquim Guedes Corrêa. **Posse indireta**. Rio de Janeiro : Universidade do Rio de Janeiro, 1972.
- 148 GOZZO, Débora. Compra e venda de imóvel no Brasil. **Revista de Direito Civil**: imobiliário, agrário e empresarial, São Paulo, v. 14, n. 52, p. 96-107, abr./jun. 1990.
- 149 GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 1989. v. 3.
- 150 GRISARD FILHO, Waldyr. **Contrato preliminar e compromisso de compra e venda** : doutrina, prática e jurisprudência. Curitiba : JM & MPA, 1993.
- 151 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Responsabilidade patrimonial e fraude à execução. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 174-181, jan./mar. 1992.
- 152 HERNÁNDEZ Gil, Antonio. **La función social de la posesión** : ensayo de teorización sociológico-jurídica. Madrid : Alianza Editorial, 1969.
- 153 IHERING, Rudolf von. **Posse e interditos possessórios**. Progresso, [19-].
- 154 _____. **Teoria simplificada da posse**. Salvador : Progresso Editora, 1957. 111 p.
- 155 LACERDA, J.C. Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. 3. ed. São Paulo : Freitas Bastos, 1965.
- 156 LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique. **Curso de derecho civil III** : derecho de cosas. 2. ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 1993. v. 1, Introduccion la posesion.
- 157 LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. A natureza das normas processuais e o registro da penhora. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 77, n. 627, p. 60-68, jan. 1988.

- 158 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença.** 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981.
- 159 _____. **Processo de execução.** 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1986.
- 160 LIMA, Alcides de Mendonça. Embargos de terceiro - Curso nas férias... **Revista de Processo**, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 233-238, jul./set. 1983.
- 161 _____. Fraude de execução : consultas e pareceres. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 65, n. 485, p. 39-46, mar. 1976.
- 162 LIMA, Alvino. **A fraude no direito civil.** São Paulo : Saraiva, 1965.
- 163 LIMA, Getúlio Targino. Constituto possessório e transferência da posse. **Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 93-100, jan./mar. 1986
- 164 LOPES, João Batista. Um novo processo de execução? **Repertório IOB de Jurisprudência**, , n. 19, cad. 3/11.3021, out. 1995.
- 165 LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil.** 2. ed. São Paulo : Freitas Bastos, 1957.
- 166 _____. _____. 7. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1989. v. 1.
- 167 LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Tratados dos registros públicos.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996. v. 2.
- 168 MAIA, Paulo Carneiro. Obrigação "propter rem". In: **ENCICLOPÉDIA Saraiva do direito.** São Paulo : Saraiva, 1977, v. 55, p. 357-373.
- 169 MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil.** 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- 170 MARMITT, Arnaldo **Adjudicação compulsória.** Rio de Janeiro : Aide, 1995.
- 171 _____. **A penhora : doutrina e jurisprudência.** 2. ed. Rio de Janeiro : Aide, 1992.
- 172 MARQUES, J. Dias; GOUVEIA, A Rocha de. **Código de Processo Civil português.** 2. ed. Coimbra, 1962.
- 173 MARTINS FILHO, Javert Prado. **Embargos de terceiro.** 3. ed. Curitiba : Juruá, 1994.

- 174 MATTIA, Fabia Maria de. O compromisso de compra e venda, as súmulas do Supremo Tribunal Federal de ns. 166, 167 e 412 e jurisprudência da Suprema Corte. **Revista de Direito Civil:** imobiliário, agrário e empresarial, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 54-71, jul./set. 1982.
- 175 MATTOS NETO, Antônio José de. A jurisprudência de posse no direito agrário brasileiro : perspectivas críticas. **Revista de Direito Civil:** imobiliário, agrário e empresarial, São Paulo, v. 10, n. 35, p. 161-180, jan./mar. 1986.
- 176 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1980.
- 177 MENDONÇA, Martha Halfeld Furtado de. Uso e posse da terra : aspectos sociais e jurídicos. **Revista de Direito Civil:** imobiliário, agrário e empresarial, São Paulo, v. 17, n. 60, p. 40-65, abr./jun. 1992.
- 178 MESQUITA, Manuel Henrique. **Obrigações reais e ônus reais.** Coimbra : Almedina, 1990. Coleção Teses.
- 179 MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Simulação (Direito Civil). In: **ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito.** São Paulo: Saraiva, 1977. v. 69, p.79-106.
- 180 MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil.** 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1959. t. 9.
- 181 MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações : ações mandamentais.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976. t. 4.
- 182 _____. **Tratado de direito privado.** 2. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, [19-]. t. 10, Parte especial. Direito das coisas : posse.
- 183 _____. **Tratado de direito privado** 2. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1955. t. 13, Parte especial. Direito das coisas : loteamento. Direitos de vizinhança.
- 184 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil.** 29. ed. São Paulo : Saraiva, 1991. v. 3, Direito das coisas.
- 185 _____. **Curso de direito civil.** São Paulo : Saraiva, 1977. Direito das obrigações.
- 186 MOURA, Mário Aguiar. Fraude de execução pela insolvência do devedor. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 67, n. 509, p. 296-303, mar. 1978.
- 187 _____. **Promessa de compra e venda.** Rio de Janeiro : Aide, 1986.

- 188 MOZOS, José Luis de los. **El principio de la buena fe** : sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español. Barcelona : Bosch, 1965.
- 189 MUNIZ, Francisco José Ferreira. Embargos de terceiro à penhora : a questão da posse do promitente comprador. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 75, n. 613, p. 7-14, nov. 1986.
- 190 NEGRÃO, Theotonio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 26. ed. São Paulo : Saraiva, 1995.
- 191 NERY JUNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil e legislação processual extravagante em vigor**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- 192 NERY Júnior, Nelson. Fraude contra credores e os embargos de terceiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 90-99, jul./set. 1981.
- 193 NIESS, Pedro Henrique Távora. A questão do registro do compromisso de compra e venda. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 77, n. 636, p. 46-57, out. 1988.
- 194 NONATO, Orosimbo. Presunções e ficções de direito. In: CARVALHO, J.M. de (Org). **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Rio de Janeiro : Borsoi, [19--]. v. 39, p. 130-139.
- 195 NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais** : autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo : Saraiva, 1994.
- 196 OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fraude à execução** : doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1988.
- 197 PACHECO, José da Silva. **Processo de falência e concordata**; comentários à lei de falências : doutrina, prática e jurisprudência. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986.
- 198 _____. **Tratado das execuções**. Rio de Janeiro : Borsoi, 1959. v. 2, Execução de sentença.
- 199 _____. **Tratado das execuções**. 2. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1965. v. 3, Incidentes da execução.
- 200 PAES, P. R. Tavares. **Fraude contra credores**. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

- 201 PARANÁ. Tribunal de Alçada. Embargos de terceiro. Defesa da posse. Apelação cível nº 1.283/85 de Curitiba. Abdul Karin Saleh, Construtora Norancal, Setel S.A. e Miguel Klimovicz. Relator: Juiz Francisco Muniz. 7 abr. 1987. Cópia de documento original.
- 202 _____. _____. Embargos de terceiro. Promessa de compra e venda não registrada. Penhora de imóvel prometido à venda. Posse do imóvel pelo promitente comprador. Embargos infringentes nº 40-85, Cascavel, PR. Dall'Oglio, Scanagatta & Cia Ltda. e Vilson Fabris. Relator: Juiz Francisco Muniz. 5 dez. 1985. Cópia de documento original.
- 203 _____. _____. Usucapião ordinário. Promitente vendedor que não registra o título aquisitivo do imóvel... Apelação cível nº 50.056-7 de Cascavel. Cópia de documento original.
- 204 _____. Tribunal de Justiça. Ação Pauliana. Requisitos. Fraude contra credor. Alienação de imóvel anulada. Ação procedente. Apelação improvida. Apelação nº 532/72 de Londrina. Yoshio Miyazaki e José Coletto. Relator: Henrique Dorfmund. 28 mar. 1973. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 255-260, out./dez. 1980.
- 205 _____. _____. Embargos de terceiros. Compra e venda de imóvel. Escritura não registrada. Falência de vendedora decretada. Arrecadação do bem... Apelação cível nº 177/86 de Curitiba. Agaefe-Alumínio Ltda. e Casanobre-Construção Civil Ltda. Relator: Desembargador Silva Wolff. 29 nov. 1988. Cópia de documento original.
- 206 PERALTA, Ana Maria. **A posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade**. Coimbra : Almedina, 1990.
- 207 PEREIRA, Altino Portugal Soares. O direito de propriedade e o bem-estar social. **Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 90-93, jul./set. 1987.
- 208 _____. A exceção de domínio no código de processo civil. **Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 13-21, out./dez. 1977.
- 209 _____. **A promessa de compra e venda de imóveis no direito brasileiro**. Curitiba : Senai, 1957.
- 210 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil..** Rio de Janeiro : Forense, [19--]. v. 4, Direitos reais

- 211 PEREIRA, Rosalinda P.C. Rodrigues. A teoria da função social da propriedade rural e seus reflexos na acepção clássica de propriedade. **Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 104-128, jul./set. 1993.
- 212 PICAZO, Luis Díez; GULLON, Antonio. **Sistema de derecho civil**. 5. ed. Madrid : Tecnos, 1990. v. 3, Derecho de cosas y derecho imobiliário registral.
- 213 PINHEIRO, Jorge Duarte. **Fase introdutória dos embargos de terceiro**. Coimbra : Almedina, 1992.
- 214 PINTO, Carlos Alberda da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra : Coimbra, 1994.
- 215 PORTUGAL. Supremo Tribunal da Justiça. A Posse precária exercida em nome alheio, assente num contrato-promessa de compra e venda não constitui fundamento para embargos de terceiro, -os quais se destinam a defender a posse real a efectiva. Acórdão. Herminio Dias Mourato e M. Conde e Companhia. Relator: Eduardo Arola Chaves. 28 nov. 1975. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, v.109, n. 3583, p. 344-349, 1977.
- 216 PRADO, Francisco Bertino de Almeida. **Transmissão da propriedade imóvel**. São Paulo : Saraiva, 1934.
- 217 PRADO FILHO, Antonio Alves do. **Do justo título na usucapião ordinária no direito brasileiro**. Curitiba : 1989. Dissertação (Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
- 218 PRATA, Edson. **Embargos de terceiro**. São Paulo : LEUD, 1980.
- 219 MIRANDA, Pontes de. Embargos de terceiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 205-221, out./dez. 1981.
- 220 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Sobre o fundamento possessório dos embargos de terceiro deduzidos pelo locatário, parceiro pensador, comodatário e depositário. **Revista da Ordem dos Advogados de Portugal**, v. 3, p. 649-698, 1991.
- 221 RÃO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. v. 1.
- 222 REIS, Alberto dos. **Processos especiais**. Coimbra : Coimbra, 1955. v. 1.
- 223 REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. São Paulo : Saraiva, 1975. v. 1.

- 224 REQUIÃO, Rubens. Fraude contra credores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 72, n. 575, p. 45-53, set. 1983.
- 225 REZENDE, Astolfo. **A posse e sua proteção**. São Paulo : Saraiva, 1937. v. 1-2.
- 226 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal da Justiça. Ação revocatória de registro de alienação de imóveis. Apelação nº 586.062.473 de Santo Angelo. Massa falida de Henrique Moller Filho S.A. e Lote Empreendimento Imobiliário Ltda. Relator: Desembargador Galeno Lacerda. 30 abr. 1987. **Revista do Processo**, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 261-264, jan./mar. 1989.
- 227 _____. _____. Compra e venda. Fraude de execução. Apelação nº 590.019.048. Nilza Moraes Pedroso e Waldir José Bortoluzzi. Relator: Desembargador Clarindo Favretto. 21 mar. 1991. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 88, n. 319, p. 178-180, jul./set. 1992.
- 228 _____. _____. Embargos de terceiro. Contrato de promessa de compra e venda não inscrito no registro imobiliário... Apelação nº 591.014.196. Estado do Rio Grande do Sul e João Carlos Amaral e Silva. Relator: Desembargador Celeste Vicente Rovani. 4 jun. 1991. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 89, n. 323, p. 253-255, jul./set. 1993.
- 229 _____. _____. Promessa de compra e venda. Falência. Apelação nº 590.015.343. Américo Lenzi. Relator: Desembargador Gervásio Barcellos. 13 mar. 1991. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 88, n. 319, p. 181-182, jul./set., 1992.
- 230 RODRIGUES, Manuel. **A posse : estudo de direito civil português**. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1980.
- 231 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Reivindicação. Posse justa. Inadmissibilidade. Apelação nº 12.332. Antonio Athanazio e A. Gonzaga S.A. Relator: Raoul Buendgens. 28 jul. 1977. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 277-280, abr./jun. 1984.
- 232 SANTA MARIA, José Serpa de. **Direitos reais limitados**. Brasília : Brasília Jurídica, 1993.
- 233 _____. Evolução conceitual da posse e sua natureza jurídica. **Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, v. 18, n. 67, p. 7-17, jan./mar. 1994.
- 234 _____. O evolver conceitual da propriedade e sua natureza jurídica. **Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 62-68, out./dez. 1991.

- 235 SANTOS, Ernani Fidelis dos. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986. v. 6.
- 236 SANTOS, J.M. de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. 5. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1952. v. 15.
- 237 _____. **Código civil brasileiro interpretado**. 6. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1955. v. 2.
- 238 SÃO PAULO. Tribunal de Alçada. Ato negociável realizado antes da citação. Registro imobiliário posterior. Aceitação da penhora, que se realizou antes da transcrição, pois a *res* se encontrava ainda em nome do executado. Agravo de Instrumento nº 562.537-8. Banco Brasileiro de Descontos e Sérgio Natalino Freitas e Guilherme Bassotto. Relator: Carlos Bittar. 23 mar. 1994. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n.11, p. 200, jun. 1994.
- 239 _____. _____. Compromisso de compra e venda. Contrato não registrado. Pedido de adjudicação compulsória. Carência. Apelação nº 277.663 de São Carlos. Espólio de Paulina Balbi Jacobucci e Elza Berto. Relator: Márcio Bonilha. 22 out. 1980. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 70, n. 551, set. 1981.
- 240 _____. _____. Embargos de terceiro. Oferecimento por promitente comprador em execução contra o promitente vendedor. Admissibilidade. Autos de agravo nº 48.466, Ourinhos, SP. Banco do Brasil S.A. e Pedro Abujamra. Relator: Jonas Vilhena. 27 jun. 1962. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.52, n.337, p. 351-352, nov. 1963.
- 241 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Falência. Arrecadação de imóveis vendidos antes da quebra, registrados, porém, posteriormente as escrituras... Apelação nº 224.610. Oswaldo Esposito e Massa falida da indústria de bebidas Gambarotta S.A. Relator: Geraldo Roberto. 5 out. 1973. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 63, n. 468, p. 61-62, out. 1974
- 242 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Falência. Fraude. Negócio jurídico, imobiliário celebrado e registrado pelo falido após sua abertura. Acórdão nº 96.664-1. Alcides de Castro e Massa falida de Art Gila Representações. Relator: Desembargador César Peluso. 29 de mar. 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 77, n. 629, mar. 1988.
- 243 SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Anotação a acórdão de 28 de novembro de 1975. **Revista de Legislação e Jurisprudência**, v. 109, n. 3585, p. 344-349, mar. 1977.
- 244 SILVA, Agathe Elsa Schmidt da. **Compromisso de compra e venda no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1989.

- 245 SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981. v. 9, t. 2.
- 246 _____. **A obrigação como processo**. São Paulo : J. Bushatsky, 1976.
- 247 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- 248 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 7. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- 249 SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 2. ed. Porto Alegre : Fabris, 1993. v. 2.
- 250 _____. **Curso de processo civil**. 3. ed. Porto Alegre : Fabris, 1996. v. 1.
- 251 SLAIBI FILHO, Nagib. **Comentários à nova lei do inquilinato**. Rio de Janeiro : Forense, 1992.
- 252 SOARES, Fernando Luso. Ensaio sobre a posse como fenómeno social e instituição jurídica. In: RODRIGUES, Manuel. **A posse : estudo do direito civil português**. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1981. p. XI-CXXI.
- 253 SOUSA, Miguel Teixeira de. A penhora de bens na posse de terceiros. **Revista da Ordem dos Advogados de Portugal**, v. 3, p. 15, 1991.
- 254 SOUZA, Ernani Vieira de. A incompatibilidade entre a ação possessória e a reivindicatória. **Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 31-42, abr./jun. 1979.
- 255 SOUZA, Gelson Amaro de. Valor da causa nos embargos de terceiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 239-248, abr./jun. 1984.
- 256 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Fraude de execução. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 82, n. 293, p. 3-9, jan./mar. 1986.
- 257 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Fraude de execução. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 75, n. 609, p. 7-14, jul. 1986.
- 258 TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade : o seu conteúdo mínimo, entre o código civil, a legislação ordinária e a constituição. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 85. n. 306, p. 73-78, 1989.
- 259 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 1, n. 17, p. 41-47, jan./mar. 1980.
- 260 VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1955. v. 2.

- 261 VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra : Almedina, 1993. v. 1.
- 262 _____. **Sobre o contrato-promessa**. 2. ed. Coimbra : Coimbra, 1989.
- 263 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direitos reais**. São Paulo : Atlas, 1995.
- 264 VIANNA, Marco Aurélio S. Do conceito moderno de posse. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 30, nº 28/29, p. 301-332, maio/out. 1985-1986.
- 265 WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação do dano** : aspectos substanciais e processuais. Porto Alegre : Fabris, 1988.
- 266 ZILSCH, Gisela. Compromisso de compra e venda. **Revista de Direito Civil**: imobiliário, agrário e empresarial, São Paulo, v. 12, p. 170-174, abr./jun. 1980.
